

57

TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS DEL DERECHO

Directores: Carlos Arturo Hernández • Santiago Ortega Gomero



UNIVERSIDAD
LIBRE®

57

CONCEPCIONES DEL ESTADO DE DERECHO

HERNÁNDEZ

ORTEGA

EDITORES

CARLOS ARTURO HERNÁNDEZ

SANTIAGO ORTEGA

CONCEPCIONES DEL ESTADO DE DERECHO

EDITORES

CARLOS ARTURO HERNÁNDEZ
SANTIAGO ORTEGA



UNIVERSIDAD LIBRE®

COLECCIÓN
TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS
DEL DERECHO

57

Directores

Carlos Arturo Hernández

Santiago Ortega Gómero

CONCEPCIONES DEL ESTADO DE DERECHO

AUTORES

MARCO GOLDONI, WOJCIECH SADURSKI, DAVID ENOCH,
DIMITRIOS KYRITSIS Y SANTIAGO ORTEGA

2017

Concepciones del estado de derecho / Marco Goldoni ... [et al.]; Carlos Arturo Hernández Díaz, Santiago Ortega Gómero directores. -- Bogotá : Universidad Libre, 2017.

168 p.; 22 cm. -- (Colección Tendencias contemporáneas del derecho ; 57)

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN 978-958-8981-74-1

1. Derecho constitucional 2. Estado de derecho 3. Democracia I. Goldoni, Marco. II. Hernández Díaz, Carlos Arturo, dr. III. Ortega Gómero, Santiago, dr.

342 SCDD

21

Catalogación en la Fuente – Universidad Libre. Biblioteca

ISBN impreso 978-958-8981-74-1

ISBN online 978-958- 8981-75- 8

Concepciones del Estado de Derecho

© Autores: Marco Goldoni, Wojciech Sadurski, David Enoch, Dimitrios Kyritsis y Santiago Ortega

© Universidad Libre

Editores - Traductores: Carlos Arturo Hernández y Santiago Ortega

Colección: Tendencias Contemporáneas del Derecho

Directores: Carlos Arturo Hernández y Santiago Ortega Gómero

Bogotá D.C. - Colombia

Primera Edición - septiembre de 2017

Queda hecho el depósito que ordena la ley.

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros sin la autorización previa y por escrito de los titulares del copyright.

Editorial: Universidad Libre

Coordinación editorial: Luz Bibiana Piragauta Correa

Correo-e: comunicaciones@unilibre.edu.co

Calle 8 No. 5-80, Tel: 3821000, Bogotá D.C.

Diseño y diagramación: Héctor Suárez Castro

Imagen portada: <http://www.eteraestudios.com>

Impreso por Panamericana, Formas e Impresos S.A.

Quien actúa solamente como impresor

Calle 65 No. 95-28. Tel.: 430 03 55 - 430 21 10

Tiraje de 1000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

COMITÉ CIENTÍFICO

Bruno Celano

Doctor en Filosofía Analítica y Teoría General del Derecho
Università degli Studi di Milano, Italia

Alejandro Robledo Rodríguez

Doctorando en Filosofía
Instituto de Humanidades
Universidad Diego Portales, Chile

Maximiliano Alberto Aramburo Calle

Doctorado Universidad de Alicante

Jorge Luis Fabra Zamora

M.A. Student, McMaster University

Xavier Díez de Urdanivia

Doctor en Derecho Universidad Complutense, Madrid

Silvina Pezzetta

Doctoranda del Doctorado de la Facultad de Derecho
De la Universidad Nacional de Rosario

Mario Jori

Università degli Studi di Milano

Enrico Diciotti

Università degli Studi di Siena -Mario Jori, Italia

Francesco Viola

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Palermo Italia -Marc Van Hoecke

PAR EVALUADOR

Rafael Santa Cruz Lima

Universidad del Estado de México

Jorge Fabián Villalba

Universidad Católica de Córdoba Argentina

Néstor Orlando Varón

Universidad Libre

DIRECTIVAS UNIVERSIDAD LIBRE

Presidente Nacional: Jorge Alarcón Niño

Vicepresidente Nacional: Jorge Gaviria Liévano

Rector Nacional: Fernando Enrique Dejanón Rodríguez

Secretario General: Floro Hermes Gómez Pineda

Censor Nacional: Ricardo Zopó Méndez

Director Nacional de Planeación: Omeiro Castro Ramírez

Directora Nacional de Investigaciones (e): Elizabeth Villarreal Correcha

Presidente Seccional: Julio Roberto Galindo Hoyos

Rector Seccional: Jesús Hernando Álvarez Mora

Decano Facultad de Derecho: Carlos Arturo Hernández Díaz

Secretario Académico: Nelo Armando Cañón Suárez

Director Centro de Investigaciones: John Fitzgerald Martínez Vargas

CONTENIDO

Presentación	9
¿Qué es el constitucionalismo político? <i>Marco Goldoni</i>	21
Derechos y razonamiento moral: una suposición tácita <i>Wojciech Sadurski</i>	57
Tomando los Desacuerdos en serio: Sobre Derecho y Desacuerdos de Jeremy Waldron <i>David Enoch</i>	95
Una Nueva Concepción Interpretivista del Estado de Derecho <i>Dimitrios Kyritsis</i>	117
Constitucionalismo Popular, Control de Constitucionalidad y Parlamentos <i>Santiago Ortega</i>	141

PRESENTACIÓN

La relación entre la democracia y el pueblo ha sido históricamente comprendida como un problema para las comunidades políticas. No cabe duda de que la democracia ha sido un régimen político históricamente condenado, marginalizado y criticado desde la Antigüedad, pero rehabilitado y replanteado en Occidente desde hace un par de siglos. En tal sentido, la democracia ha tenido un proceso histórico de aceptación paulatina de sus reglas y contenidos (si es que los tiene), hasta constituirse en el sistema político predominante de Occidente y de varias regiones del mundo. La historia del populismo es distinta. El populismo como forma de acción política es una práctica denostada, criticada y rechazada (especialmente por los académicos). Por ello, al estar frente a dos experiencias políticas, al parecer, incompatibles, debemos preguntarnos: ¿es posible reconstruir una relación teórico-práctica valorativamente positiva entre democracia, populismo y ley?

Entender el significado de democracia no es muy difícil, es decir, en virtud de los múltiples estudios en torno a este régimen político existen varias propuestas que reflexionan y conceptúan qué es la democracia o exploran su evolución en distintas etapas históricas. Según las investigaciones de Valentina Pazé, ya en los textos de Herodoto, Megabicio, integrante de la corte de Cambises rechaza el “gobierno de uno solo”, pero también el “gobierno de la multitud”. Con el término *demos*, se califica a una masa de pobres, también denominados como “malvados” o

“vulgo”, aunque también como “el conjunto de todos los ciudadanos titulares de derechos políticos”.

Es importante resaltar que el desprecio hacia el *demos* no es solo un juicio despectivo en el cual la irracionalidad y la miseria espiritual de sus miembros motiva las decisiones colectivas. Según Pazé “aparentemente sordo a la voz de la razón, se hace temible por sus movimientos imprudentes, imprevisibles, incontrolables. Semejante transfiguración es posible porque el *demos* es concebido en términos organicistas, como masa uniforme y compacta, o como muchedumbre, que se mueve y se pronuncia al unísono, sin dejar entrever individualidades que lo componen”. ¿Es cierto esto?

Según nos relata Pazé, para Aristófanes, el problema de la democracia era su tendencia a transformarse en demagogia. Varios eventos injustos en los cuales atenienses inocentes eran sancionados por la comunidad quizá tuvieron “un peso en la formación del juicio negativo de Platón sobre el sistema político vigente en Atenas, una ciudad “en la que todo puede pasarle a cualquiera”. Eso significaba que la democracia ateniense era un sistema en el cual la voluntad popular no tenía límites, una democracia fácil de corromper, un *demos* manipulable por los demagogos.

El asunto de los límites de la voluntad popular ha sido bien explicado por Bobbio. Ya situado en los regímenes democráticos modernos Bobbio afirma que existen dos definiciones de democracia: una *formal* y otra *sustancial*. Para el autor la definición de democracia mínima procedimental es el mejor criterio para separar un régimen democrático de uno no democrático, sin necesidad de introducir valores. Pero en toda democracia se deben establecer reglas que permitan guiar la acción común. Bobbio distingue dos reglas fundamentales para la democracia: “*reglas del juego*” y “*reglas de estrategia*” y en virtud de que las decisiones

deben ser tomadas con el mayor consenso (mayoría) esto no es una garantía de estar frente a un régimen democrático. Para que hablemos de democracia si bien es indispensable hacerlo desde un punto de vista procedimental (el cual tiene un valor intrínseco), en el que la igualdad política implica una simetría entre todos los ciudadanos, esto no es suficiente. Para denominar a un régimen como “democrático” es necesario confirmar, garantizar, proteger, asegurar, algunos derechos fundamentales que preexisten a las mismas reglas del juego y que son los derechos de libertad. Esto es, la democracia y el liberalismo son interdependientes. Esta es la diferencia entre “nuestras democracias” y la de los “antiguos”, pues la democracia de los antiguos fue una democracia no – liberal.

Esta es quizá la razón fundamental del desprecio que mantenían grandes pensadores de la Antigüedad. La democracia de los antiguos era un triunfo de la mayoría, pero sin límites. De hecho, en la Modernidad, algunos pensadores era liberales (Locke), pero no demócratas y otros demócratas (Rousseau) pero no liberales. A todo ello, es necesario agregar que en una democracia es importante el Estado de Derecho, comprendido como el gobierno sometido a leyes y no a quien gobierna. Por eso, el gobierno de las leyes es opuesto al gobierno tiránico, al gobierno despótico y al gobierno autocrático. Como podemos observar, la democracia es un objeto de estudio de amplio interés porque es el marco institucional de nuestras sociedades. Queda claro, qué podemos entender por democracia. Pero no queda claro cuál es su vínculo con el populismo.

Si la democracia ha tenido una evolución histórica orientada a su aceptación generalizada e incluso como un método idóneo para crear determinado estado social, esto es, si la democracia fue despreciada por los antiguos y es alabada por los modernos, ¿porque el populismo no puede ser igualmente rehabilitado como estructura de comprensión de la práctica política de nuestras

sociedades? Al igual que la democracia, debemos explorar las posibilidades conceptuales de las que disponemos para definir el pueblo, política y el populismo.

Desde el punto de vista jurídico, las críticas mejor articuladas contra el control de constitucionalidad y en general contra los Tribunales Constitucionales provienen del Populismo Constitucional y en especial de uno de sus miembros: Jeremy Waldron, cuyos esfuerzos por reconstruir la relación entre pueblo y Constitución son notables.

No se equivoca Waldron al afirmar que “estamos intoxicados de justicia constitucional”. El Constitucionalismo Popular del autor implica una reorientación de nuestra reflexión político - constitucional y su objeto de estudio. Sin embargo, pienso que la fuerte tradición liberal de Waldron necesita intensificar el rol del pueblo como intérprete constitucional dentro de una comprensión adversarial no solo del Parlamento, sino de la sociedad misma. No se aprecia en Waldron una explicación conceptual satisfactoria del pueblo, y no obstante, es el fundamento de su doctrina.

Considero que una perspectiva crítica de la relación entre democracia y pueblo implica repensar el rol de este último no solo como soberano, sino como intérprete supremo de la Constitución. Lo que significaría reflexionar sobre mecanismos institucionales que canalicen la voluntad popular.

En este libro, Marcos Goldini quien participa con el artículo titulado *¿Qué es el constitucionalismo político?*, nos explica cómo la reflexión en los ordenamiento jurídicos actuales ha girado en torno a las cortes, el razonamiento judicial y la interpretación de las normas. Frente a este panorama, afirma que se ha gestado una reacción en contra de la concentración en el trabajo de los tribunales, a través de diferentes obras en la teoría del derecho y la política.

Entre esas reacciones se encuentra el constitucionalismo político el cual gira en torno a tres rasgos fundamentales “el primero se refiere a una relación diferente entre el derecho y la política, en la que, a diferencia de lo sostenido por el constitucionalismo jurídico, la política precede, en sentido axiológico, al derecho. A nivel teórico, esta perspectiva impone una mayor atención por parte de los constitucionalistas a la filosofía política y, a la inversa, más conciencia por parte de los filósofos políticos de la importancia de la cuestión que se refiere a la legitimidad de los procedimientos decisorios. El segundo lugar, el papel de la participación política y del desacuerdo en el proceso democrático. La legitimación de la autoridad se basa en la capacidad de encontrar una resolución al problema del conflicto a pesar de la presencia de un desacuerdo agudo. El tercer núcleo, en ciertos aspectos, el más característico, se refiere al modelo institucional más adecuado a un constitucionalismo político. Propone, básicamente, el rechazo casi total del control jurisdiccional de constitucionalidad y la adopción de un neoparlamentarismo como mejor ordenación para la protección de los derechos y para el control de los otros poderes”.

A diferencia del constitucionalismo político, el constitucionalismo jurídico afirma que una cuestión fundamental es la relación entre el derecho y la moral y que más allá de lo jurídico la conflictividad política desembocaría en inestabilidad y desorden. Este constitucionalismo jurídico se caracterizaría por resaltar que el mejor lugar para resolver los más profundos conflictos políticos es en sede judicial, ya que “representa el lugar más apropiado de la racionalidad práctica” y que “la primacía del derecho sobre la política es el hecho que la autoridad legítima de una constitución no es más juzgada en base al modo en que ésta ha sido adoptada, sino según criterios racionales sustantivos, como, por ejemplo, los principios de justicia o una perspectiva basada en los resultados (*results-based*) producto de los procedimientos constitucionales”.

Pero uno de los temores que suscita someter ante la jurisdicción casos socialmente controvertidos es el establecer mecanismos para limitar la discrecionalidad judicial. Para Goldoni esto se mitiga porque las cortes no podrán actuar de oficio sino mediante la interposición de los recursos que realicen los ciudadanos, las técnicas de precedentes vinculantes que limitan la posibilidad de decisiones arbitrarias y “la capacidad de hacer respetar sus propias decisiones depende directamente de la credibilidad de la corte misma”.

Asimismo, se puede afirmar que la diferencia entre constitucionalismo político y constitucionalismo jurídico es el de dos modelos ideales típicos, pues en el primero se subraya la importancia de la tutela de los derechos mediante instituciones y actores políticos, mientras en el segundo se hace a través de la racionalidad que expresan en sus fallos los magistrados. Además, para el autor el sustento conceptual del constitucionalismo político está en la igualdad política porque mediante ésta se responde al problema de la autoridad.

Para el constitucionalismo político el derecho a la igual participación política es el más importante de los derechos fundamentales pues es el derecho que da origen a la comunidad política misma. Esto implicaría que para los partidarios de este constitucionalismo el control de constitucionalidad sería anti democrático “porque afecta exactamente el derecho a la igual participación y no trata a los ciudadanos como dignos de igual respeto”, lo cual significa que la acción jurisdiccional de las altas cortes no puede reemplazar la participación política de los ciudadanos y su derecho a participar en cuestiones fundamentales y socialmente relevantes para la comunidad a la cual pertenecen.

Del mismo modo, el constitucionalismo político asume que en una sociedad libre y plural el Parlamento cumple un

rol central en la sociedad. Esto traería varios beneficios, entre los cuales se consideraría que los parlamentos tutelan mejor los derechos que las cortes, “naturalmente a los tribunales les corresponde el control del respeto de los derechos en los casos de violación individual. Pero el núcleo del argumento propuesto por el constitucionalismo político cuestiona a los tribunales supremos o constitucionales la capacidad de deliberar, sobre este tema, mejor y con mayor atención para las capas más débiles en comparación con las instituciones políticas. La segunda ventaja de este neoparlamentarismo se alcanza al tomar en cuenta la idea de *political accountability* (responsabilidad política). El Parlamento pasará a ser el lugar por excelencia en que se vuelven los otros poderes (ejecutivo y administrativo) responsables frente a los ciudadanos”.

Pero Goldoni se pregunta, ¿Cuáles son los límites del constitucionalismo político?, el mismo autor considera que el primero es entender a la representación política como una actividad unidimensional, que no hace distinciones entre las razones que motivan la acción política, además, la subestimación del rol que tiene la constitución y las cortes en su proceso de interpretación. Es curioso que este constitucionalismo asuma que el único esquema institucional en que se posibilita la plasmación del principio de igualdad política es un radical neoparlamentarismo. “En otros términos, la crítica que se desplazó al constitucionalismo político, es la de ser incoherente, porque, si se acepta la distancia inevitable entre políticos y ciudadanos, se debería reconocer también que la insularidad de los jueces respecto a los ciudadanos no constituye más un tema decisivo para rechazar el control de constitucionalidad”.

También participa en este volumen el profesor Wojciech Sadurski. El autor reconoce la amplia repercusión de los libros y artículos de Jeremy Waldron, el máximo exponente del

Constitucionalismo Popular pues en sus escritos critica sistemáticamente el diseño institucional actual de muchos Estados de derecho en el cual los jueces tienen el poder de revisar la constitucionalidad de los actos legislativos, pero, en especial, estas críticas se dirigen a los discursos constitucionales que proclaman la preservación de cortes constitucionales fuertes y poderosas, cuyas decisiones deben implementarse incluso si afectan la división de poderes típico de todo Estado de derecho.

Como afirma Sadurski, los argumentos de Waldron se dirigen a desvirtuar que la articulación de los derechos necesite un sustento moral, que los jueces tengan alguna capacidad superior que los haga diferentes de los demás ciudadanos para razonar sobre cuestiones morales y que a ellos se les debe entregar la responsabilidad de tutelar los derechos en nuestras sociedades.

Para Sadurski la noción de “articulación de derechos” implica que podemos trazar una línea entre las decisiones que se aplican fundamentalmente a los derechos y todas aquellas otras decisiones que también son públicas y autoritativas (público, en el sentido de que se refieren a una cuestión colectiva surgida en la escala de una sociedad determinada, y autoritativo, en el sentido de que su aplicación puede ser eventualmente respaldada por el uso legítimo de la fuerza) y que aún no están, centrada en derechos”. De esta manera, la referida noción asume que las sociedades cuentan con un catálogo escrito de derechos constitucionales y que se desatan desacuerdos sobre el significado de los mismos en concretas circunstancias, razón por la cual la articulación de los derechos permite definir autoritativamente el sentido que adoptan los derechos.

El argumento central del autor “es que dicha articulación no es tanto un acto de hacer simplemente un concepto vago más preciso (cuando fundamentalmente hay interpretaciones

divergente disponibles, bajo los cánones aceptados de interpretación) es un acto de dotar a un concepto con valor moral, que es la única razón por la que apoyamos este concepto. Los derechos son significativos para nosotros - moralmente significativo - solo en la medida en que representan un valor moral, pero si un determinado proyecto de “derecho” no puede ser entendido de una manera que es moralmente valiosa para nosotros, no tenemos ninguna razón para refrendar ese derecho en primer lugar”.

En su artículo *Tomando los Desacuerdos en serio: Sobre Derecho y Desacuerdos de Jeremy Waldron* el profesor David Enoch también analiza la obra de Waldron y está de acuerdo con él en varios aspectos. Quizá el más importante es el de reconocer que el desacuerdo es omnipresente y transversal en toda la sociedad. Es por ello que entiende que los desacuerdos deben ser tomados en serio. Pero el mismo autor se pregunta qué es lo que debe tomarse en serio, el desacuerdo (a secas) o el desacuerdo razonable. Para el autor no queda en claro cuál de los dos tipos de desacuerdos es el que Waldron toma en serio. Enoch afirma que “la razón del desacuerdo es un problema, es un poco rudamente, que estamos moralmente obligados a tratar a las personas con respeto, incluso cuando se equivocan, que su opinión cuenta incluso cuando sea equivocada, que estamos moralmente obligados a permitir a la gente a ser los autores de sus propias vidas incluso cuando no están muy bien como autores. Este respeto por la autonomía de las personas es la respuesta apropiada desde el punto de vista moral, me parece, a su humanidad, personalidad, (kantiana) racionalidad, quizás su condena, o algo de este tipo”. Como señala el autor, no se puede restringir el debate en torno a los desacuerdos solo a aquellos que se consideren razonables. Haciendo una exégesis de la obra de Waldron el autor señala que lo importante serían

los desacuerdos periódicos o los de buena fe al margen si son razonables o no.

Pero un punto al que Enoch también le presta atención es el que considera que el desacuerdo afecta la legitimidad y es que para el autor la legitimidad necesita algo más que un consenso y eso quizá sean los procedimientos y su institucionalización para lograr la legitimidad de las decisiones políticas. Aún así el dilema sigue presente pues “o bien el desacuerdo socava la legitimidad, o bien no lo hace. Si lo hace, entonces dada la naturaleza controvertida de la propias conclusiones de Waldron acerca de cómo acomodar el desacuerdo, asumir la verdad de sus conclusiones no pueden hacer políticamente legítimo actuar sobre ellos. Si, por otra parte, el desacuerdo no socava la legitimidad, entonces, gran parte de la argumentación en el libro [se refiere a Derecho y Desacuerdos] se derrumba. De cualquier manera, parece que Waldron está en problemas”.

El mismo Enoch resalta que además del dilema entre desacuerdo y legitimidad, Waldron se mantiene convencido de un tradicional pensamiento liberal en el cual “para que un gobierno sea legítimo tiene que ser justificado en principio en cada uno de sus aspectos, tiene que ser un gobierno que pueda promover los intereses de *cada* sujeto, o basarse en el consentimiento de *cada* sujeto, o quizás sean tales que *cada* sujeto habría consentido en que ella ha sido en las circunstancias adecuadas, o algo por el estilo”. Eso significa que para el liberalismo tradicional la legitimidad tiene su sustento en el consenso y eso es apreciablemente llamativo en alguien que propone al desacuerdo como base política de la sociedad y considera al consenso como meramente instrumental.

Finalmente, el profesor Dimitrios Kyritsis nos presente una nueva concepción interpretativista del Estado de derecho. En su artículo Kyritsis no analiza el marco general del interpretivismo,

sino que expresa su desacuerdo con una concepción de lo constitucional centrado casi exclusivamente en los tribunales, tal como lo proponía Dworkin. Y con tal finalidad analiza “la relación entre los tribunales y otras ramas políticas, especialmente la legislativa”, sosteniendo que “cuando la ley va bien, esta relación crea un valor que es fundamental para mantener el Estado de Derecho” y a diferencia de Dworkin, Kyritsis sostiene que “este valor relega la ejecutoriedad judicial a un papel secundario en nuestro pensamiento acerca del derecho”.

Santiago Ortega

¿QUÉ ES EL CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO?*

Marco Goldoni

* Este artículo ha sido publicado en *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, 2011.

En los últimos decenios, a raíz de la expansión del control de constitucionalidad, la reflexión sobre el papel de las instituciones en los ordenamientos jurídicos contemporáneos se ha centrado casi exclusivamente en el trabajo de los tribunales¹. Este fenómeno es probablemente debido, entre otras cosas, el crecimiento exponencial de la jurisdicción de tribunales nacionales y transnacionales, favorecido por los procesos de globalización². El desempeño de dos tribunales como la Corte Suprema de los Estados Unidos y el Tribunal de Justicia Europeo, entre otros tribunales, ha representado un motivo principal de reflexión sobre el papel de la jurisdicción en los ordenamientos contemporáneos³. En algunos ámbitos, el crecimiento del poder judicial parece poder llegar al punto en el que se puede afirmar, parafraseando lo dicho por Tocqueville a propósito de los

¹ Sobre el crecimiento y la afirmación de un nuevo constitucionalismo véase en la literatura italiana, S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e giuspositivismo*, Giappichelli, Torino, 2001. Cfr., además los trabajos de G. Bongiovanni, *Teorie "costituzionalistiche" del diritto*, Clueb, Bologna, 2000; *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2005; por último: G. Zagrebelsky, *Le legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008. En español véase M. Carbonell (edición de), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007.

² C. Tate, T. Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York, 1995; S. Cassese, *Diritto globale*, Einaudi, Torino, 2009; M.R. Ferrarese, *Il diritto sconfinato*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

³ Siempre también es mayor la atención dedicada al llamado *Appellate Body* de WTO: véase por último, A. Alvarez-Jimenez, *The WTO Appellate Body's Exercise of Judicial Economy*, en "Journal of International Economic Law", 12, 2009, pp. 393-415.

Estados Unidos, que casi cualquier cuestión política puede, en principio, ser decidida en sede judicial.

Reaccionando contra esta excesiva concentración en el trabajo de los tribunales, una serie de obras de teoría del derecho y de la política, publicadas desde finales de los años noventa, han intentado trasladar su atención sobre el aspecto puramente político del constitucionalismo. Esto se debe, a nivel teórico, a una renovada reflexión sobre la relación entre democracia y constitución mientras que, a nivel práctico, sería debido a una serie de decisiones judiciales contingentes que han defraudado las expectativas de quien veía en el poder judicial una fuerza fundamentalmente progresista. En ambos casos, se trata de fenómenos desarrollados sobre todo en el medio anglosajón⁴. Uno de los aspectos más interesantes de este *revival* político del constitucionalismo reside en la diferente procedencia filosófica de sus exponentes. Quienes van del liberalismo de Jeremy Waldron⁵ al republicanismo de Richard Bellamy⁶ y Adam Tomkins⁷, hasta las posiciones definibles, de manera no siempre precisa, como democráticas y populares, tales como las de Mark Tushnet⁸ y Larry Kramer⁹. Aun teniendo inspiraciones filosóficas diferentes y sin tener la preten-

⁴ Dos excepciones son representadas por M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Puf, Paris, 2001; A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2002.

⁵ *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999; *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, tr. it., edición de A. Pintore, Giuffrè, Milano, 2001.

⁶ *Political Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

⁷ *Our Republican Constitution*, Hart, Oxford, 2005.

⁸ *Taking the Constitution Away from the Courts*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1999; *The United States Constitution. A Contextual Analysis*, Hart, Oxford, 2009.

⁹ L. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

sión de constituir un movimiento¹⁰, las obras de estos autores se caracterizan por un mínimo común denominador que forma una base mínima para un planteamiento alternativo a lo que puede ser definido, en forma muy amplia, el constitucionalismo jurídico, es decir ese género que plantea como centro del propio interés el trabajo de las cortes constitucionales o supremas¹¹.

El constitucionalismo político se organiza alrededor de tres núcleos conceptuales característicos de esta doctrina. El primero se refiere a una relación diferente entre el derecho y la política, en la que, a diferencia de lo sostenido por el constitucionalismo jurídico, la política precede, en sentido axiológico, al derecho. A nivel teórico, esta perspectiva impone una mayor atención por parte de los constitucionalistas a la filosofía política¹² y, a la inversa, más conciencia por parte de los filósofos políticos de la importancia de la cuestión que se refiere a la legitimidad de los procedimientos decisorios. El segundo lugar, el papel de la participación política y del desacuerdo en el proceso democrático. La legitimación de la autoridad se basa en la capacidad de encontrar

¹⁰ Ninguno de estos autores, excluidos Bellamy y Tomkins, utiliza explícitamente la fórmula “constitucionalismo político”, pero, como se espera mostrar en el curso del artículo, todos los autores citados adoptan una interpretación política de la Constitución. Para un reconocimiento del significado político de la Constitución, cfr. G. Maddox, *A Note on the Meaning of ‘Constitution’*, en “The American Political Science Review”, 76, 1982, pp. 805-809.

¹¹ Este constitucionalismo puede ser definido de diversos modos. Los constitucionalistas políticos se sirven, precisamente, de expresiones del constitucionalismo jurídico, el cual será utilizado también en esta sede. Cfr. T. Poole, *Back to the Future? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism*, en “Oxford Journal of Legal Studies”, 23, 2003, pp. 435-436; R. Bellamy, *Political Constitutionalism*, cit., pp. 13-142.

¹² A lo largo de esta estela son encuadrables distintos recientes trabajos de teoría política: A. Weale, *Democracy*, Basingstoke, London, 1999; I. Shapiro, *The State of Democratic Theory*, Yale University Press, New Haven, 2003; R. Dahl, *How Democratic Is the American Constitution?*, Yale University Press, New Haven, 2001.

una resolución al problema del conflicto a pesar de la presencia de un desacuerdo agudo. El tercer núcleo, en ciertos aspectos, el más característico, se refiere al modelo institucional más adecuado a un constitucionalismo político. Propone, básicamente, el rechazo casi total del control jurisdiccional de constitucionalidad y la adopción de un neoparlamentarismo como mejor ordenación para la protección de los derechos y para el control de los otros poderes¹³. Después de haber reconstruido los principales rasgos de esta doctrina y haber mostrado las potencialidades normativas para una teoría constitucional, en el último apartado se tomarán en cuenta algunos límites teóricos que afectan a la reflexión y hacen necesario un trabajo de posterior remodelación.

1. CONSTITUCIONALISMO JURÍDICO VS. CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO

Los rasgos fundamentales del constitucionalismo político pueden ser todos recapitulados de forma bastante sintética en oposición a los aspectos característicos del constitucionalismo jurídico. En primer lugar, se puede observar que la cuestión fundamental, para el constitucionalismo jurídico, sigue siendo la clásica relación entre el derecho y la moral¹⁴. El derecho extrae su legitimidad principalmente de la moral. En consecuencia, éste

¹³ Por este motivo no se toma en cuenta el trabajo de otros autores que están especialmente interesados en el aspecto político del derecho constitucional: cfr. M. Loughlin, *Swords and Scales. An Examination of the Relations between Law and Politics*, Hart, Oxford, 2000. También cabe destacar que un autor como Larry Kramer, apoyando la relativa supremacía del legislativo, favorece una organización de poderes que tenga en cuenta la relación entre federación y algunos Estados.

¹⁴ Esto no significa, como pretenden algunos académicos, que la relación entre el derecho y la política sea totalmente descuidada por el constitucionalismo jurídico. Sin embargo, la centralidad de esta relación no se aprovechó en varios de sus aspectos y queda supeditada a la cuestión de la relación entre el derecho y moral.

se considerará como previo a la política y como condición *sine qua non* para el normal despliegue de la actividad política. Según este esquema, fuera de las fronteras de lo jurídico, la conflictividad política¹⁵ desembocaría en inestabilidad y desorden. La Constitución garantiza los requisitos necesarios para que se pueda tener una política democrática. La mejor forma para lograr este objetivo es concebir la constitución como norma que debe ser aplicada por los tribunales. El proceso de constitucionalización de los derechos y la estructura institucional de base corresponde, en esta óptica, ante la sustracción de algunos principios del sistema político ordinario, y posteriormente a la interpretación de estos mismos principios como no disponibles a los normales procesos democráticos.

Las principales consecuencias que se derivan de este enfoque son dos. En primer lugar, es preciso subrayar la idea según la cual la mejor sede para la resolución de los más intensos conflictos políticos es la jurisdiccional, en cuanto ella representa el lugar más apropiado de la racionalidad práctica. La aparición del conflicto es simplemente prevenido borrando del debate estrictamente político temas muy controvertidos¹⁶. Subyacente a este supuesto se encuentra la idea de que las instituciones políticas están expuestas a un actuar irracional, guiadas por factores contingentes como las pasiones y los intereses, mientras los tribunales representan un modelo eficaz de razonamiento práctico que puede ser ejercido en virtud de una posición de relativa independencia y distancia

¹⁵ Para una representación del derecho como lugar de una racionalidad superior a la política véanse, entre múltiples ejemplos G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007; W. Waluchow, *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

¹⁶ Esta perspectiva causa las críticas de quien concibe la política en sentido agonístico: C. Mouffe, *The Return of the Political*, Verso, London, 1993, p. 1.

de los otros poderes políticos. Este *ethos* de la jurisdicción fue analizado y resumido en términos eficaces, en un célebre estudio sobre las mentalidades del legalismo por Judith Shklar: “la política es entendida no solo como algo distinto, sino inferior, al derecho. El derecho mira a la justicia, mientras que la política solo mira los medios. El primero es neutral y objetivo, el segundo resulta ser el producto de intereses e ideologías en competición”¹⁷. En este sentido, no existe ningún conflicto político que no se pueda solucionar en la vía jurisdiccional, o aún más precisamente, ningún conflicto puede ser considerado realmente resuelto hasta que no haya sido abordado por una corte.

La segunda consecuencia de la primacía del derecho sobre la política es el hecho que la autoridad legítima de una constitución no es más juzgada en base al modo en que ésta ha sido adoptada, sino según criterios racionales sustantivos, como, por ejemplo, los principios de justicia o una perspectiva basada en los resultados (*results-based*) producto de los procedimientos constitucionales¹⁸. Las razones en respaldo del constitucionalismo jurídico son, por tanto, unas “de salida” (*output reasons*), mientras que otras “de entrada” (*input reasons*) se considerarán irrelevantes¹⁹. Los principios del constitucionalismo democrático, según esta perspectiva, no proceden de una particular interpretación de la democracia, sino más bien de una concep-

¹⁷ J. Shklar, *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1964, p. 111. Una formulación de la aplicación jurisdiccional de las normas como el mejor sistema de protección del estado de derecho es dada por L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1964.

¹⁸ Los dos principales modelos normativos son ofrecidos por R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1986; J. Rawls, *Una teoría della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1982.

¹⁹ Sobre este punto parece concordar también J. Raz, *Disagreement in Politics*, en “American Journal of Jurisprudence”, 43, 1998, pp. 45-46.

ción peculiar de la razonabilidad que garantiza el acuerdo sobre una serie de principios y la construcción de procedimientos que conduzcan a resultados moralmente legítimos²⁰. Para Rawls, por ejemplo, la adopción de una lógica contractual como la que inspira la posición original lleva a juzgar a las constituciones y las libertades fundamentales sobre la base de la concepción más razonable de la justicia y no en base a los resultados de un real y concreto proceso político²¹. La Corte Suprema o constitucional, por su posición de relativa distancia de la política ordinaria, se encuentra en mejor posición para poder juzgar si la constitución y las leyes fundamentales generan resultados en acuerdo con la más razonable de las concepciones de la justicia²². Ella puede tomar decisiones equivocadas, pero como la suya es una racionalidad práctica basada en principios, estos errores dan lugar a un apreciable debate público en los lugares disputados a la formación de la opinión pública. El tipo de razonamiento jurídico típico de un tribunal, con la contraposición de dos argumentos frente a un tercer árbitro, se considerará el más adecuado para proteger los derechos y gestionar los conflictos del pluralismo. Subyacente a este planteamiento se encuentra la idea de que la mejor forma de autoridad es la presentada por un árbitro externo al conflicto²³ y, en segundo lugar, una concepción muy a menudo individualista de derechos fundamentales, entendidos como

²⁰ Cfr., por ejemplo, la justificación del control de constitucionalidad en S. Freeman, *Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review*, en "Law and Philosophy", 9, 1990, pp. 326-327.

²¹ J. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, p. 233. Para una crítica de este tenor de Rawls véase J. Habermas, *Reconciliation Through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls' Political Liberalism*, en "Journal of Philosophy", 92, 1995, p. 128.

²² G. Zagrebelsky, *Principi e voti*, Einaudi, Torino, 2005.

²³ Esta es, por ejemplo, la posición de J. Raz, *Ethics in the Public Domain*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 212. Cfr., demás, S. Hampshire, *Justice Is Conflict*, Princeton University Press, Princeton, 2001, pp. 89-90.

reivindicaciones de un sujeto individual frente a la sociedad²⁴. En este último sentido, central para el constitucionalismo jurídico es la idea de la potencial contradicción entre derechos constitucionales y *policy* para el interés común. Dado que las decisiones políticas se toman a menudo por razones utilitarias que garantizan el interés de una mayoría en detrimento de las minorías, entonces es necesario privar a la discusión política un conjunto de derechos constitucionales esenciales. Las cortes, focalizándose inevitablemente en el caso individual, pasan a ser el mejor *foro* para proteger los derechos constitucionales. De aquí proviene el argumento normativo que reclama la constitucionalización de los derechos y su protección por medio de un control de constitucionalidad difuso o concentrado que libere su protección de la dialéctica parlamentaria. No importa, para el constitucionalismo jurídico, que las cortes supremas no sean responsables (*accountable*) frente a otras instituciones políticas, mientras ellas toman decisiones correctas sobre cuestiones que afectan el orden democrático²⁵. La discrecionalidad garantizada a las cortes se mitiga por tres datos de hecho: 1) no podrán actuar por sí solas, sino solo mediante el recurso de individuos; 2) normalmente, su arbitrariedad es confinada dentro un perímetro trazado por una declaración de los derechos y por una serie de precedentes vinculantes; 3) la capacidad de hacer respetar sus propias decisiones depende directamente de la credibilidad de la corte misma.

Por último, por la naturaleza del derecho y por la condición del poder jurisdiccional (relativamente distante del político), el constitucionalismo jurídico considera que la mejor manera para

²⁴ Dos clásicos ejemplos son R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Blackwell, Oxford, 1974; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977.

²⁵ L. Kramer, *The People Themselves*, cit., p. 240.

mantener el poder ejecutivo responsable es el de someterla al control jurisdiccional según las modalidades del razonamiento judicial. El control sobre el poder del gobierno debe hacerse mediante la aplicación de normas y principios jurídicos. Asimismo, deberá ser guiado, especialmente, por la tutela de los derechos fundamentales. El beneficio ofrecido por la jurisdicción debe ser recuperado en la justificación (y por lo tanto en la introducción de razones en el debate público) que los tribunales deben proporcionar cuando controlan la corrección de los comportamientos ejecutivos²⁶. Este método favorece la transparencia y la publicidad del actuar del poder ejecutivo. Las cortes supremas, por lo tanto, deben proteger los derechos fundamentales del individuo tanto con respecto a la mayoría parlamentaria como respecto a la actividad del gobierno y de la administración. También en este caso, los tribunales deben limitar, y en algunos casos domesticar, el trato político del constitucionalismo²⁷.

Los constitucionalistas políticos destruyen este planteamiento y otorgan una primacía a la dimensión política del constitucionalismo. El derecho es concebido como “continuación de la política por otros medios”²⁸. Porque también el derecho sirve para gestionar y resolver los conflictos, esto es representado como otra forma de discurso político. El estatuto de la moral, en este ámbito, se considera “irrelevante”²⁹, al menos en cuanto

²⁶ Contra este tipo de argumento, cfr., L. Kramer, *The People Themselves*, cit., p. 240.

²⁷ T. Allan, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 3. Sobre el rol de las cortes visto desde la perspectiva del constitucionalismo político me remito a A. Tomkins, *The Role of the Courts in the Political Constitution*, en “University of Toronto Law Journal”, 2010

²⁸ J. Griffith, *The Common Law and the Political Constitution*, en “Law Quarterly Review”, 117, 2001, p. 64.

²⁹ J. Waldron, *Law and Disagreement*, cit., pp. 164-187.

a la legitimidad de la autoridad política. En efecto, los constitucionalistas políticos no toman posición en el debate sobre el realismo moral y permanecen agnósticos respecto a la cuestión del estatuto de la moral en el ámbito jurídico. Desde esta posición epistemológica y del reconocimiento de la primacía de la política deriva la primacía que esta corriente de pensamiento atribuye a las razones de entrada. No es posible encontrar un acuerdo razonable sobre cuáles pueden ser los resultados correctos generados por un determinado procedimiento, se debe renunciar a hacer referencia a las razones de salida. Por el contrario, las razones de entrada, siendo fundamentalmente de naturaleza procedimental, encuentran una mejor aplicación en las instituciones políticas, es decir, en aquellas instituciones que permiten a los ciudadanos expresarse sobre las medidas que gobernarán sus vidas. El enfoque político desestima la base sobre la cual son construídos muchos de los temas propuestos por los constitucionalistas jurídicos: la relación entre ciudadanos e instituciones no se concibe en términos contractualistas, con las cortes llamadas a hacer respetar las cláusulas del contrato, sino como la relación de confianza entre gobernantes y gobernados. Además, una vez negada la prioridad del derecho sobre la política, cae también la rígida distinción entre principios (de competencia del razonamiento judicial) y *policies* (de pertinencia del razonamiento legislativo). No existen temas o problemas que puedan ser legítimamente sustraídos al debate político.

Por estas razones, las declaraciones de los derechos, en particular si están constitucionalizadas, terminan por ser entendidas como el reconocimiento de un conflicto político alrededor de un derecho subjetivo disfrazado con la pretensión de representar la solución³⁰. La referencia a un texto o a un precedente judicial no

³⁰ Esto es lo que dice una suerte de clásico *ante litteram* del constitucionalismo político: J. Griffith, *The Political Constitution*, en "Modern Law

constituye garantía de la razonabilidad del razonamiento judicial. Por el contrario, precisamente porque es abordado en términos legalistas y con la inclusión de tener que respetar estos límites, los tribunales supremos no representan una sede de debate ideal para decidir sobre los derechos fundamentales. Por último, a la luz de estas consideraciones, una rígida distinción entre géneros de derechos (por ejemplo, entre derechos negativos y positivos³¹) no tiene ninguna razón de existir³².

Antes de proceder al análisis de la justificación normativa de esta posición es bueno destacar que la distinción entre constitucionalismo político y constitucionalismo jurídico debe entenderse sobre todo como exposición de modelos ideal-típicos, habiendo diferencias considerables también dentro de los dos enfoques. En resumen, el constitucionalismo jurídico considera que la protección de los derechos y el control del poder ejecutivo están mejor garantizados por los tribunales y por actores jurídicos como los jueces, mientras que el constitucionalismo político considera estos objetivos mejor realizables mediante instituciones y actores políticos³³.

Review", 42, 1979, p. 1. Sobre este ensayo seminal vease los estudios de T. Poole, *Truth and Illusion in the Political Constitution*, en "Modern Law Review", 70, 2007, pp. 250-277; G. Gee, *The Political Constitutionalism of JAG Griffith*, en "Legal Studies", 28, 2008, pp. 20-45.

³¹ J. Laws, *The Constitution: Morals and Rights*, en "Public Law", 1996, p. 629.

³² K. Ewing, *Social Rights and Constitutional Law*, en "Public Law", 1999, pp. 113-121.

³³ Es interesante observar que los constitucionalistas políticos todavía no hayan desarrollado una teoría detallada sobre cómo los tribunales deben actuar. Sin duda, se puede observar que ellos rechazan la "juridificación": L. Blichner, A. Molander, *Mapping Juridification*, en "European Law Journal", 14, 2007, pp. 36-54. Sobre la interpretación constitucional, la posición que los constitucionalistas políticos encuentran más cercana a la suya es la de C. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 1996; ID. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge Mass.,

2. LA JUSTIFICACIÓN NORMATIVA: IGUAL PARTICIPACIÓN Y DESACUERDO

El fundamento normativo del constitucionalismo político debe buscarse en la idea de igualdad política. La referencia a este principio constituye la respuesta de los constitucionalistas políticos al dilema de la autoridad. El punto de partida para comprender esta respuesta está dado por la aparición de las “circunstancias de la política”³⁴. Ellas son dos: la presencia de un desacuerdo razonable sobre cada tema (y en particular sobre los derechos, los principios constitucionales y las cuestiones de justicia) debido a la inevitable condición de pluralidad con la que deben vivir los hombres y la necesidad de encontrar, a pesar de este desacuerdo, de un procedimiento para tomar decisiones que permitan la convivencia entre personas, respetuosa de sus diferentes opiniones. Las dos condiciones están estrechamente vinculadas entre sí. Si se reconoce la relevancia de estas circunstancias, entonces la cuestión de una autoridad no puede más que resolverse recurriendo solamente a razones de salida³⁵, ni a una simple resolución de autoridad de un problema de coordinación³⁶. Ambas estrategias no toman en

1999. Adrian Vermeule propone una teoría institucionalista de la interpretación afín, por su mismo reconocimiento, a la posición de Waldron: *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 2006.

³⁴ A. Weale, *Democracy*, cit., pp. 8-13; J. Waldron, *Law and Disagreement*, cit., pp. 102-103; R. Bellamy, *Political Constitutionalism*, cit., pp. 25-26.

³⁵ J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1986, p. 53; ID., *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 126-165. Sobre la concepción de la autoridad de Raz véase A. Schiavello, *Autorità legittima e diritto nel pensiero di Joseph Raz*, en “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 34, 2004, pp. 363-384. Para una crítica democrática a la teoría raziana me remito a Hershowitz, *Legitimacy, Democracy, and Razian Authority*, en “Legal Theory”, 9, 2003, pp. 201-220.

³⁶ G. Postema, *Coordination at the Foundations of Law*, en “Journal of Legal Studies”, 11, 1982, pp. 165-203.

serio el papel del desacuerdo razonable entre los ciudadanos: la primera supone que hay razones que un sujeto debería seguir porque son aceptables racionalmente, mientras que la segunda reduce la cuestión de la convivencia a un mero problema de pura coordinación de la acción colectiva. Para esta última perspectiva se trata, de hecho, de encontrar una solución que permita resolver los problemas vinculados a la acción en presencia de una pluralidad de personas, independientemente de estas últimas. Esto podría ser obtenido también con una movida hobbesiana de delegar cualquier decisión a una autoridad cuya legitimidad residiría en la capacidad de garantizar, también solo mediante medios coercitivos, la coordinación entre las acciones de los sujetos.

La autoridad del derecho proviene de la capacidad de poder llegar a tomar una decisión que garantice la convivencia dando a cada uno la posibilidad de determinar esta decisión y reconociendo, de ese modo, la razonable diversidad de las opiniones de los sujetos implicados. La igual participación en la resolución de los problemas de la acción colectiva será garantizada mediante la igualdad del derecho de voto para cada uno y la adopción del principio de mayoría como único instrumento capaz de tomar realmente en serio la participación política. Igual participación y el principio de mayoría son elementos entre ellos estrechamente vinculados. El principio de mayoría, en efecto, respeta la igualdad entre los ciudadanos de dos maneras: en primer lugar, reconoce a cada opinión un peso igual, el del voto, y la posibilidad equitativa de contribuir al resultado final de la decisión; en segundo lugar, el principio de mayoría tendrá en igual consideración las diferencias porque la decisión que permite adoptar no se ve afectada por los posibles resultados a los que el procedimiento conduce³⁷. Se explica, así, porqué razón un sujeto que se encuentre en

³⁷ A. Pintore, *I diritti della democrazia*, cit., pp. 105-118.

desacuerdo con una directiva de la autoridad se sienta aún vinculado a respetarla. Sus razones han sido igualmente tomadas en consideración dentro del procedimiento político que ha adoptado la medida en cuestión.

A la primacía del derecho a la igual participación política corresponde una posición institucional original de los constitucionalistas políticos. En primer lugar, ellos rechazan el control de constitucionalidad, sea concentrado como difuso, porque afecta exactamente el derecho a la igual participación y no trata a los ciudadanos como dignos de igual respeto³⁸. Los constitucionalistas políticos excluyen que el recurso a las cortes supremas pueda representar un suplemento de participación política³⁹. Por el contrario, consideran que los otros derechos individuales están mejor protegidos si dejan únicamente a la competencia de ese proceso político que es el producto de la participación de los ciudadanos⁴⁰. Esto se debe al hecho de que los derechos son parte integrante del proceso político; en ese sentido, la posición que se está describiendo es decididamente anti-lockeana, puesto que considera los derechos, como el resultado (y no el antecedente) de la condición política. Sin embargo, el constitucionalismo político es una doctrina basada en los derechos (*rights-based*) y adoptará una concepción no instrumental de estos⁴¹.

³⁸ J. Waldron, *Law and Disagreement*, cit., pp. 211-231.

³⁹ Sobre la idea de que el recurso a un tribunal constitucional añade un canal de participación política para el ciudadano véanse las consideraciones, entre diferentes intervenciones sobre el tema, de J. Raz, *Rights and Politics*, en "Indiana Law Journal", 71, 1995, pp. 42-44; T. Macklem, *Entrenching Bills of Rights*, en "Oxford Journal of Legal Studies", 26, 2006, pp. 112-116.

⁴⁰ Una crítica a este tema, basada en el principio de proporcionalidad, es desarrollada por A. Walen, *Judicial Review in Review: A Four-Part Defense of Legal Constitutionalism*, en "International Journal of Constitutional Law", 7, 2009, pp. 337-340.

⁴¹ Una excepción, entre los autores aquí debatidos, está representada por Mark Tushnet, en realidad muy crítico respecto del papel de los derechos

A diferencia del constitucionalismo jurídico, esta posición considera que las circunstancias de la política se aplican a todos los derechos. En este sentido, el derecho subjetivo es mejor concebido como expresión de un bien común. Por ejemplo, el derecho a la libertad de opinión no se ejerce por todos los ciudadanos. Sin embargo, cada ciudadano obtiene un beneficio por vivir en una sociedad que protege este derecho y no está sujeta a formas de censura: “los derechos no son recursos que ponen en jaque el bien común porque ellos tienen sentido solo en la medida en que contribuyen a él y ofrecen un amplio abanico de oportunidades individuales para todos los miembros de la comunidad”⁴². En cuanto intrínsecamente políticos, los derechos que tienen necesidad de ser constantemente vigilados y protegidos por procesos políticos. Además, esta condición se remite al hecho de que el debate público sobre los derechos no puede aceptar su calificación como bienes absolutos, pues ello iría en detrimento de la idea de que la acción política es ante todo movida por la voluntad de encontrar una conciliación, en cuanto temporal, al conflicto entre diferentes interpretaciones⁴³. Una cultura de los derechos demasiado legalista corre el riesgo de cubrir las reivindicaciones personales de un actitud fuertemente atomística, poco proclive al compromiso⁴⁴. Una similar concepción de los derechos lleva a atribuir a las cortes el papel de defensores del individuo contra las

subjetivos: *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1988.

⁴² R. Bellamy, *Political Constitutionalism*, cit., p. 31.

⁴³ B. Crick, *In Defence of Politics*, The University of Chicago Press, Chicago, 1962; R. Bellamy, *Liberalism and Pluralism. Toward a Politics of Compromise*, Routledge, London, 1991, p. 60.

⁴⁴ A.M. Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, The Free Press, New York, 1991, p. 9. Sobre el valor del compromiso de la autoridad del constitucionalismo político me remito a las consideraciones de H. Richardson, *Democratic Autonomy*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 147-148.

incursiones ilegales de la colectividad. Se termina, en esta dirección, por decidir sobre un derecho sin tener en cuenta cuáles son los efectos de esta decisión sobre los otros derechos y sobre las políticas del bien común. El parlamento, en cambio, en virtud de su composición plural y de su método decisorio, conflictivo pero no competitivo, representa una sede ideal para escuchar las razones de las múltiples partes implicadas en las decisiones sobre los derechos⁴⁵.

En conjunto, la asunción del carácter invasivo del desacuerdo y del valor de la participación lleva a los constitucionalistas políticos a valorar el papel del conflicto de las decisiones colectivas⁴⁶. Traducido en términos políticos, esto significa que se revalorizan algunos aspectos de la democracia representativa contemporánea, como el papel de los partidos políticos, las cualidades competitivas que caracterizan la política democrática, el principio de mayoría y el recurso al compromiso para superar el desacuerdo, mientras que, como se tendrá la oportunidad de ver en el apartado 4, se dejan en segundo plano los movimientos sociales⁴⁷, los mecanismos consultivos y los instrumentos de

⁴⁵ Debe señalarse que la composición numerosa del Parlamento constituye la respuesta a quien sostiene que la regla de la mayoría es utilizada también, en algunos países, por las cortes supremas. Waldron, en particular, insistió en el hecho de que el Parlamento garantiza, a través de su numerosa composición, la consideración de distintas perspectivas, seguramente en mayor medida que a las cortes supremas: J. Waldron, *Law and Disagreement*, cit., pp. 53-49.

⁴⁶ Sobre el papel del conflicto del constitucionalismo me remito a L. Baccelli, *Critica del repubblicanesimo*, Laterza, Roma-Bari, 2003, pp. 21-30.

⁴⁷ Por esa razón no se toma en cuenta, en esta sede, el trabajo de algunos de los autores interesados en la relación entre el derecho, política y la sociedad incluso fuera de los canales institucionales: cfr., R. Siegel, *Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the De Facto ERA*, en "California Law Review", 94, 2006, pp. 1323-1419; L. Guinier, *Demosprudence Through Dissent*, en "Harvard Law Journal", 122, 2008, pp. 4-138.

fomento de la deliberación⁴⁸. Antes de pasar a evaluar algunos de los límites de estos aspectos, es conveniente presentar el argumento contra el control de constitucionalidad y a favor de un neoparlamentarismo, como propuesta de los constitucionalistas políticos.

3. RAZÓN PÚBLICA, CORTES Y PARLAMENTOS

A nivel institucional, el enfoque político se centra en la crítica a la centralidad que los tribunales constitucionales han asumido en la era de la globalización, tanto a nivel nacional como a nivel transnacional. El modelo filosófico del constitucionalismo jurídico ha sido representado por el Rawls del *Liberalismo político*, en el que la razón pública es encarnada por la Corte Suprema⁴⁹. Para Rawls el desacuerdo razonable solo afecta a las concepciones del bien, mientras que es posible encontrar un acuerdo (un *overlapping consensus*) sobre los fundamentos de la justicia (los dos célebres principios, precisamente). Es así posible extraer una serie de elementos constitucionales esenciales sobre los que se encuentra, a nivel racional, un consenso transversal basado en la superposición de las distintas concepciones del bien. Además, Rawls propone adoptar, como criterio para comprobar la legitimidad de un determinado acuerdo, el de la justicia (o equidad) producido por sus resultados. Los elementos

⁴⁸ R. Bellamy, *Political Constitutionalism*, cit., p. 164; A. Tomkins, *Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 54-55. Parcialmente diferente la posición de M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton, 2008, pp. 43-76.

⁴⁹ J. Rawls, *Political Liberalism*, cit., cap. VI. Para ser precisos, la versión actualizada de la idea de razón pública presenta el desacuerdo entre las concepciones de la justicia como, a su vez, razonable: ID., *The Idea of Public Reason Revisited*, en ID., *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1999, pp. 129-179.

esenciales de una constitución, independientemente del hecho de ser un producto de una actividad histórica, pueden ser reconocidos como razonables por cualquier agente racional. Las libertades fundamentales, parte de estos elementos esenciales, deben generalmente permanecer fuera de la discusión política ordinaria. La interpretación de los principios y las normas fundamentales de una constitución deben dejarse a la razón pública y el paradigma de esta actividad está representado por la Corte Suprema, en virtud de su capacidad de detectar y hacer públicas las razones constitucionales. La Corte Suprema pasará a ser, para usar una expresión de Dworkin⁵⁰, un *foro* ideal para la discusión de los principios.

También el enfoque democrático-deliberativo, en apariencia más cercano al constitucionalismo político, es rechazado. Las premisas epistémicas que hacen interesante el ideal deliberativo no son reconocidas como válidas por los constitucionalistas políticos porque los teóricos deliberativos no toman suficientemente en serio el papel del conflicto y del desacuerdo. Los partidarios de la democracia deliberativa consideran que el acuerdo sobre los fundamentos constitucionales (presupuesto necesario para la comunicación democrática) sean más fácilmente identificables una vez que los ciudadanos hayan sido expuestos a una reflexión prolongada⁵¹. El egoísmo y la parcialidad de las respectivas posiciones deberían disminuir en presencia de un proceso de deliberación. Para los constitucionalistas políticos, por el

⁵⁰ R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1985, p. 11.

⁵¹ J. Bohman, *Public Deliberation: Pluralism, Complexity and Democracy*, MIT Press, Cambridge, 1996; J. Bohman (ed.), *Deliberative Democracy*, MIT Press, Cambridge Mass., 1997. Diversa, en cambio, es la posición de A. Gutmann & D. Thompson, *Democracy and Disagreement. Why Moral Conflict Cannot Be Avoided in Politics*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1996.

contrario, la reflexión y el debate calmado y prolongado sobre un tema ayudan a aclarar el desacuerdo sobre las diferencias de posición entre las partes implicadas⁵² y a hacer más difícil el logro de un compromiso.

Para los constitucionalistas políticos la razón pública asume rasgos exclusivamente procedimentales y, como se verá, principalmente electorales. En una sociedad plural y democrática, ésta se identifica, a nivel institucional, en el parlamento y a nivel procedimental, en los ciclos electorales. Los beneficios que ofrece la centralidad del parlamento son de doble naturaleza. El primero es probablemente el más importante. Los parlamentos protegen los derechos mejor que los tribunales. Naturalmente a los tribunales les corresponde el control del respeto de los derechos en los casos de violación individual. Pero el núcleo del argumento propuesto por el constitucionalismo político cuestiona a los tribunales supremos o constitucionales la capacidad de deliberar, sobre este tema, mejor y con mayor atención para las capas más débiles en comparación con las instituciones políticas⁵³. El tema de fondo, *in nuce*, es que si un sujeto o un grupo de personas no tiene ninguna posibilidad de hacer oír políticamente su voz, difícilmente encontrará audiencia ante una corte. Además, los partidarios del constitucionalismo político se apoyan en una serie de reconstrucciones históricas según el cual en algunas materias relativas a los derechos civiles y los sociales, los tribunales siempre han actuado como órganos de conservación y, en algunos casos, incluso restando derechos

⁵² H. Richardson, *Democratic Autonomy*, cit., pp. 77-78; J. Waldron, *Law and Disagreement*, cit., pp. 91-93; I. Shapiro, *The State of Democratic Theory*, cit., p. 33.

⁵³ Para un cuadro comparativo de las relaciones entre cortes e instituciones políticas véase T. Koopmans, *Courts and Political Institutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

inicialmente conquistados en sede política⁵⁴. Por estas razones, el Parlamento, y no la corte, es la institución que puede proteger mejor (y eventualmente expandir) los derechos⁵⁵. Para que esto ocurra sin embargo, debe evitarse la constitucionalización de los mismos derechos. La protección especial garantizada a los derechos constitucionalizados bloquea la discusión política sobre el significado y su aplicabilidad de los mismos derechos, violando, de este modo, el principio democrático de igualdad política. Los derechos deben ser definidos en el proceso político, pues ellos son bienes públicos sobre los cuales los ciudadanos pueden expresarse teniendo en cuenta que afectan no solo su propia condición ideal, sino el bien común⁵⁶.

La segunda ventaja de este neoparlamentarismo se alcanza al tomar en cuenta la idea de *political accountability* (responsabilidad política)⁵⁷. El Parlamento pasará a ser el lugar por excelencia en que se vuelven los otros poderes (ejecutivo y administrativo) responsables frente a los ciudadanos⁵⁸. La Asamblea legislativa sirve de correa de transmisión entre los ciudadanos y el poder ejecutivo mediante la relación con los parlamentarios. La responsabilidad ministerial respecto del parlamento

⁵⁴ Las principales obras son: G. Rosenberg, *The Hollow Hope*, University of Chicago Press, Chicago, 1991; K.D. Ewing, C. Gearty, *The Struggle for Civil Liberties: Political Freedom and the Rule of Law in Britain, 1914-1945*, Oxford University Press, Oxford, 2000; R. Hirschl, *Juristocracy*, cit.

⁵⁵ Para un análisis me remito a J. Hiebert, *Parliamentary Bill of Rights: An Alternative Model?*, en "Modern Law Review", 69, 2009, pp. 7-28; D. Nicol, *The Human Rights Act and the Politicians*, en "Legal Studies", 24, 2004, pp. 451-476.

⁵⁶ R. Bellamy, *Political Constitutionalism*, cit., p. 39.

⁵⁷ Sobre tal tema, en los ordenamientos europeos, me remito a L. Verhey, H. Broeksteeg, I. Van Den Driessche (eds.), *Political Accountability in Europe: Which Way Forward?*, Europa Law Publishing, Groningen, 2008.

⁵⁸ A. Tomkins, *In Defence of the Political Constitution*, en "Oxford Journal of Legal Studies", 22, 2002, p. 174.

garantiza un control sobre los políticos en caso de posibles comportamientos arbitrarios⁵⁹. Las cortes, en cambio, pueden ser consideradas responsables solo ante tribunales superiores y, por supuesto, en el caso de los tribunales supremos esto no es posible. Tal dimensión de falta de responsabilidad política, considerada apropiada por los constitucionalistas jurídicos, no crea problemas para los constitucionalistas políticos hasta que las competencias de los tribunales se limitan a la interpretación de las leyes y a la resolución de disputas jurídicas. Los problemas surgen cuando se solicita al supremo poder jurisdiccional decidir sobre temas de interés general, cómo establecer, por ejemplo, qué es requerido en una sociedad democrática en temas de seguridad nacional o en materia de salud o educación pública⁶⁰. Además, los tribunales supremos carecen de control popular mediante el instrumento de la elección, así como resultan menos accesibles, por diversas razones, respecto a otras instituciones políticas⁶¹.

El constitucionalismo jurídico subestima dos datos que caracterizan la condición de cortes supremas y constitucionales. En primer lugar, no se ha tenido en cuenta el hecho de que el control

⁵⁹ Sobre la competencia del Parlamento como garante de la responsabilidad política del ejecutivo me remito a algunos estudios sobre las asambleas legislativas: K. Wheare, *Legislatures*, Oxford University Press, New York, 1963; A. Barbera, *Parlamenti*, Laterza, Roma-Bari, 1999; D. Baranger, A. Bradley, K. Ziegler (eds.), *Constitutionalism and the Role of Parliaments*, Hart, Oxford, 2007.

⁶⁰ K. Ewing, *The Unbalanced Constitution*, en T. Campbell, K. Ewing, A. Tomkins (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 109-110.

⁶¹ Existen, sin embargo, otros géneros de *accountability* para las cortes, como nota K. Malleson, *The New Judiciary: The Effects of Expansion and Activism*, Aldershot, Ashgate, 1999; una crítica al modo en el cual los constitucionalistas políticos juzgan la ausencia de responsabilidad política de las cortes es desarrollada por A. Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 368-370.

de constitucionalidad, en los Estados federales, ha históricamente gustado a las autoridades centrales en detrimento de las locales. A veces le ha favorecido una mejor protección de algunos derechos subjetivos; en general, sin embargo, este tipo de favor centralista perjudica la capacidad de autodeterminación a nivel local⁶². En segundo lugar, sobre algunos temas, el comportamiento del poder judicial es bastante tímido en controlar al poder ejecutivo y bastante proclive a cooperar con el actuar arbitrario. Los constitucionalistas políticos han subrayado, en particular, la debilidad en la protección de las libertades fundamentales en materia de lucha contra el terrorismo⁶³.

Para resumir, el constitucionalismo político puede ser definido como la doctrina que apoya la idea que la única y verdadera constitución capaz de proteger los derechos, preservar el *rule of law* e incluso el orden político democrático sea reinventada en el mismo proceso democrático, entendido como ejercicio de una política electoral respetuosa del principio de igualdad política. La constitución, entonces, equivale a un proceso político y no a una norma⁶⁴. Este proceso, basado en la igualdad política, es al mismo tiempo constituyente y constituido, objeto de su propia fuerza

⁶² L. Kramer, *The People Themselves*, cit., pp. 207-226.

⁶³ Se trata, sobre todo, de lo ocurrido en el Reino Unido en el tema de la lucha contra el terrorismo. Piénsese, entre varios casos, en (R) *Gillan v. Metropolitan Police Commissioner* [2006]2 A.C. 307, sobre las críticas de A. Tomkins, *The Rule of Law in Blair's Britain*, en "University of Queensland Law Journal", 26, 2007, pp. 255-286.

⁶⁴ El debate sobre la naturaleza de la constitución es de larga data. En contraposición al constitucionalismo jurídico y al constitucionalismo político se pueden oír ecos de diatriba sobre la Constitución como mecanismo o como norma: cfr., P. Comanducci, *Ordre ou Norme? Quelques idées de constitution au XVIIIe siècle*, en L. Jaume, M. Troper (edición de), *1789 et l'invention de la Constitution*, LGDJ, Paris, 1994, pp. 23-43; M. Troper, *La machine et la norme. Deux modèles de constitution*, en id., *La théorie du droit, le droit, l'État*, cit., pp. 147-162; A. Papatolias, *Conception mécaniste et conception normative de la constitution*, Bruylant, Bruxelles, 2000.

normativa. En teoría, nada puede ser arrebatado a la competencia de la agenda democrática, incluido el rechazo por vía mayoritaria del método democrático, a pesar del hecho de que esto podría ser contradictorio, si no bajo el perfil del análisis conceptual, al menos, desde el normativo⁶⁵. Como se puede intuir, se trata de una propuesta teórica alternativa a las principales versiones del constitucionalismo moderno⁶⁶. Por último, la centralidad del valor del *accountability* es consecuencia directa de una concepción de la constitución como proceso democrático, en el que el mejor modo de limitar los poderes constituidos es el de recurrir a la acción política. Ello permite poner en debate y exigir una justificación a otros poderes (en particular al ejecutivo) sin permanecer vinculado a un lenguaje técnico - jurídico y pudiendo así profundizar en cuanto a la oportunidad y la justificación del comportamiento de las instituciones.

4. LOS LÍMITES DEL CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO

En conclusión, después de haber reconocido los méritos de la perspectiva política en el constitucionalismo, conviene detenerse en algunos límites que debilitan la propuesta. Entre estos, tres deben ser señalados con más urgencia.

En primer lugar, la primera crítica puede ser entendida como “interna” a la perspectiva política. La representación de la política como una actividad monolítica y carente de diferencias

⁶⁵ T. Christiano, *The Constitution of Equality: Democratic Authority and Its Limits*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 262-263.

⁶⁶ Sobre este tema me remito a M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, Giappichelli, Torino, 1995. Esta concepción de la constitución se opone claramente a la desarrollada por G. Sartori, *Constitutionalism: A Preliminary Discussion*, en “American Political Science Review”, 56, 1962, p. 861.

la reduce a una sola dimensión, carente de estrías. No existe diferencia, a los ojos de estos autores, entre un actuar político basado en intereses, razones o voluntad⁶⁷. Aunque el desacuerdo es un factor permeable en el ámbito político, no se puede considerar que el significado y la importancia de cada decisión sean siempre iguales, a los ojos de una comunidad, la simple base de su adopción según el principio de mayoría.

A partir de esta visión de la política, el blanco preferido del constitucionalismo político pasa a ser la idea de la constitución como norma superior. Es así como se pondrá en debate uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo jurídico y más en general del constitucionalismo moderno. Esa idea de una serie de normas que tienen rango superior respecto de las leyes ordinarias se sustituye a una concepción de la constitución entendida, para usar una expresión de Griffith, como “lo que sucede”⁶⁸. Dado que el desacuerdo representa una condición invasiva, nada puede ser sustraído al debate y a la discusión. El límite de esta representación de la Constitución que no deja espacio para una política constitucional debe buscarse en la aceptación de la idea de constitución como *precommitment*, es decir, de un vínculo que impide poner en tela de juicio algunos principios. Como es sabido, la idea de constitución como restricción para el legislador ordinario fue introducida en el debate por Jon Elster mediante la célebre metáfora del Ulises desatado⁶⁹. Si se acepta esta premisa, está claro que no se puede aceptar la idea de constitución como

⁶⁷ Para una análisis del constitucionalismo contemporáneo me remito a P. Kahn, *Putting Liberalism in Its Place*, Princeton University Press, Princeton, 2005, pp. 145-182.

⁶⁸ Se trata de otro célebre aforismo contenido en J. Griffith, *The Political Constitution*, cit., p. 2.

⁶⁹ J. Elster, *Ulisse legato*, Il Mulino, Bologna, 1983. Elster ha sucesivamente modificado parcialmente su posición: *Ulisse slegato*, il Mulino, Bologna, 2002. Para una crítica al constitucionalismo en la versión de Elster me remito a J. Waldron, *Disagreement and Precommitment*, en L. Alexander

norma superior, pues ello significaría poner algunos principios fuera del razonamiento público, neutralizando así el conflicto político alrededor de algunos temas. Pero esta representación del derecho constitucional no es la única posible. El problema es que la celebración de una política que carece de distintos niveles de intensidad procederá de igual manera, en los constitucionalistas políticos, con la falta de una concepción, además del poder constituyente, también de la política constitucional⁷⁰. Cualquier política normal, para estos autores, es también política constitucional. Sin embargo, el límite de esta posición reside en diseñar cualquier intento de exigir un esfuerzo mayor al proceso democrático para cambiar una norma como un bloque, para las generaciones futuras, de algunas de las posibles opciones del actuar político. Dicha sustracción ascendería a un *vulnus* democrático para la legitimidad del ordenamiento jurídico. Nada, sin embargo, obliga a pensar la discontinuidad entre política normal y política constitucional en términos tan claros. En otras palabras, es posible concebir las dos dimensiones de la política como contigua a la otra. Toda política ordinaria puede ser constitucional. La política constitucional no necesariamente se presenta como alternativa a la normal, pero puede ser entendida como la posibilidad de una política más participativa en torno a algunos temas ya presentes en el debate ordinario⁷¹. La política constitucional no es más racional, ni deliberativa respecto a la ordinaria y ni siquiera está centrada en temas cuya intrínseca racionalidad hace más fácil encontrar un acuerdo. Ella tampoco

(ed.), *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, pp. 201-219.

⁷⁰ Véase la interesante lectura de lo político como conjunto de tres niveles (constitucional, electoral-ordinario, espontáneo-movimentista) de A. Kalyvas, *Democracy and the Politics of the Extraordinary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

⁷¹ Cfr., por ejemplo, B. Ackerman, *We The People: Foundations*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1991.

es un espacio donde se eliminan los conflictos ideológicos y los intereses. Por el contrario, la política constitucional es un período en que el conflicto sobre algunos temas se convierte en más agudo y encontrar un acuerdo sobre un tema exige un mayor esfuerzo. Lo mismo vale, al menos en principio, para los derechos constitucionales. Se puede pensar en un catálogo constitucional de los derechos como en la expresión de una racionalidad elitista que pone fuera de la discusión pública el tema de los derechos fundamentales⁷². Sin embargo, la constitucionalización de los derechos puede ser también el fruto de luchas que obtienen un amplio consenso y ponen condiciones más difíciles para una eventual modificación de los mismos derechos. No es el caso, por supuesto, que la mayor parte de las “oleadas” de política constitucional hayan coincidido con períodos históricos excepcionales⁷³.

Los partidarios del constitucionalismo político, en consecuencia, subestiman algunos aspectos importantes del papel jugado por una constitución en una cultura jurídica. Aquí se ha vislumbrado un segundo límite. La relativa autonomía del derecho constitucional genera una serie de significados simbólicos capaces de dar razones para la acción⁷⁴. Más allá del caso estadounidense, en diversas experiencias constitucionales⁷⁵,

⁷² J. Waldron, *Law and Disagreement*, cit., pp. 221-222.

⁷³ No se trata, sin embargo, de una regla de oro, como ha demostrado la transición constitucional española: R. Blanco Valdés, *Introduzione alla costituzione spagnola del 1978*, Giappichelli, Torino, 2009.

⁷⁴ Cfr. J. Priban, *Legal Symbolism: On Law, Time and European Identity*, Ashgate, Aldershot, 2007; P. Kahn, *Lo studio culturale del diritto*, a cura di Th. Casadei, Diabasis, Reggio Emilia, 2010.

⁷⁵ En particular, la función de la memoria vale para las constituciones salidas de la Segunda Guerra Mundial: cfr. A. Margalit, *The Ethics of Memory*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 2002, p. 12. El riesgo de que un exceso de énfasis se convierta en retórica de la memoria, ciega a los aspectos más polémicos de la fundación, véanse las lúcidas páginas de N. Spaulding, *Constitution as Countermonument: Federalism, Reconstruction*

el rango superior de las normas constitucionales mantiene a menudo el vínculo con la memoria de algunos males al que la adopción de la constitución responde con un compromiso por un “nunca más”. En el transcurso del tiempo se vienen a crear razones particulares de apego a una específica constitución, la cual viene a ser percibida como la propia aunque no se ha participado directa o indirectamente en su aprobación⁷⁶. En esencia, se crea en el tiempo una cultura constitucional que corresponde a un cierto modo de entender la vida política de una comunidad. Este tipo de cultura, cercana en ciertos aspectos a la noción de “patriotismo constitucional”⁷⁷, permite una identificación con una cierta cultura pública. Por otra parte, los partidarios de un constitucionalismo político parecen subestimar (cuando no descuidar del todo) el aspecto histórico - temporal del constitucionalismo⁷⁸. Probablemente, la falta de una sensibilidad histórica es debida tanto a una concepción de la política como condición en la que hay que resolver problemas de coordinación que se plantean *hic et nunc* entre personas que tienen concepciones del bien y de la justicia no conciliables, como a una falta de reflexión sobre los rasgos constitutivos de ese “mundo común” necesario para el actuar político, el mundo cuya conservación requiere una mayor sensibilidad por el aspecto histórico del actuar colectivo⁷⁹.

and the Problem of Collective Memory, en “Columbia Law Review”, 103, 2003, pp. 1992-2051.

⁷⁶ Se reedita aquí, lo que Joseph Raz afirma con respecto a las razones dadas por el apego: *I valori fra attaccamento e rispetto*, tr. it., al cuidado de F. Belvisi, Diabasis, Reggio Emilia, 2003, pp. 13-37.

⁷⁷ Cfr. J.W. Müller, *Constitutional Patriotism*, Princeton University Press, Princeton, 2007, pp. 56-57.

⁷⁸ J. Rubenfeld, *Freedom and Time*, Yale University Press, New Haven, 2001.

⁷⁹ Sorprende ver que en las obras de autores tan atentos a la lección de Hannah Arendt, no se haya hecho ninguna alusión a la dimensión histórica de actuar, garantizada por la memoria y la narración, bien presente en los trabajos de la autora de *The Human Condition*, University of Chicago

El tercer límite se refiere al radical neoparlamentarismo que varios partidarios del constitucionalismo político reivindican como único marco institucional apropiado para el cumplimiento del principio de igualdad política. De las propuestas de los constitucionalistas políticos emergen algunos aspectos problemáticos debido a las versiones reduccionistas y parciales de la representación política y del principio de separación de poderes. En lo que respecta a la primera, el parlamento se considera un lugar único y privilegiado de representación de la nación o del pueblo. Para ser exactos, no se puede considerar válida la objeción de los constitucionalistas jurídicos, para los cuales cualquier tipo de concepción de la democracia que no sea directa anula los argumentos contra el control de constitucionalidad⁸⁰. En otros términos, la crítica que se desplazó al constitucionalismo político, es la de ser incoherente, porque, si se acepta la distancia inevitable entre políticos y ciudadanos, se debería reconocer también que la insularidad de los jueces respecto a los ciudadanos no constituye más un tema decisivo para rechazar el control de constitucionalidad.

En realidad, se trata de una objeción mal puesta. Hay que reconocer que el constitucionalismo político considera más adecuada en la función legislativa un actuar político basado en la representación, más que una forma de autogobierno directo, por la sencilla razón que es la relación entre electores y elegidos la que garantiza el principio de la *accountability*. El problema,

Press, Chicago, 1958. Cfr. S. Forti, *Hannah Arendt* (1996), Bruno Mondadori, Milano, 2006, pp. 199-233. Sobre el tema de la democracia como actuar colectivo ampliado en el tiempo se pueden ver, por último, las páginas de A. Stolz, *Liberal Loyalty: Freedom, Obligation and the State*, Princeton University Press, Princeton, 2009, pp. 173-208.

⁸⁰ Esta, por ejemplo, es la objeción de M. Kumm, *Institutionalizing Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review*, en "European Journal of Legal Studies", 2, 2007, pp. 1 ss.

en cambio, es que aun yendo en una dirección correcta, la idea de política constitucional que subyace a una similar visión de la representación parece ser lo menos incompleta. Ella está muy cercana a una democracia electoral más que a la de una democracia representativa⁸¹. El énfasis sobre el derecho al voto y la regla de la mayoría reportan algunos procesos políticos en el centro del análisis, pero en la forma propuesta por los constitucionalistas políticos este desplazamiento se realiza a un precio caro. No siendo adecuadamente tematizada la representación, ni siquiera se pone atención al paso de la igualdad política garantizada por el derecho al voto a la igual representación⁸². Para los constitucionalistas políticos, la representación es concebida como mandato de los representantes expresado en el derecho al voto⁸³. El mismo *accountability* que hace “más democrático” el Parlamento frente a otros órganos constitucionales, garantiza la presencia de un siguiente paso electoral⁸⁴. Entendida en estos términos, la participación se liga exclusivamente al reconocimiento jurídico-formal del derecho al voto, sin que a él se acerquen las necesidades sustanciales de garantizar el ejercicio

⁸¹ Sobre esta distinción se sigue el razonamiento de N. Urbinati, *Representative Democracy. Principle & Genealogy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2006, pp. 17-59.

⁸² N. Urbanati, *Lo scettro senza il re. Partecipazione e rappresentanza nelle democrazie moderne*, Donzelli, Roma, 2009, pp. 43-46. Cfr. I. Marion Young, *Inclusion and Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 136-141.

⁸³ Para los dos posibles significados de este tipo de mandato véase la reconstrucción de J. Waldron, *Rights and Majorities: Rousseau Revisited*, en J. Chapman, A. Wertheimer (eds), *Majorities and Minorities*, New York University Press, New York, 1990, pp. 49-51.

⁸⁴ R. Bellamy, *Political Constitutionalism*, cit., pp. 230-239. Interesantes consideraciones sobre la extensión temporal de los ciclos electorales se pueden encontrar en K. Palonen, *Parliamentarism: A Politics of Temporal and Rhetorical Distances*, en «Österreichische Zeitschrift für Geschichtswissenschaften», 15, 2004, pp. 111-125.

eficaz de este voto y, junto a él, una serie de garantías e instrumentos que permiten la formación del *juicio* del ciudadano sobre cuestiones políticas. El desacuerdo y el eventual conflicto que desde este proceso de formación podrían derivarse encuentran expresión solo en el momento electoral⁸⁵. Paradójicamente, los partidarios de la legitimidad democrática del constitucionalismo terminan por oscurecer todas las otras formas que permiten a la ciudadanía activarse, a partir de las asociaciones intermedias como los movimientos y los sindicatos, y acabando con los medios de comunicación que dividen la opinión pública y la posibilidad para los ciudadanos de expresarse directamente a través de referéndum⁸⁶. En tanto los constitucionalistas políticos insisten sobre las razones procedimentales como razones más importantes con respecto a las de salida, queda la impresión de que ellos, sustituyendo los electores a los ciudadanos, reconducen la legitimidad constitucional a un intermitente acto de autorización electoral y no a un duradero proceso democrático⁸⁷.

Desde la centralidad del parlamento deriva, al menos en parte, una idea de la organización de los poderes jurídicos como jerarquía de las funciones, a la que corresponde el primado de la función legislativa y su ejercicio por parte del órgano legislativo⁸⁸. La estructura constitucional es pensada como mecanismo

⁸⁵ Sobre este punto nos remitimos a las consideraciones de P. Pasquino, *Il giudice e il voto*, in «Il Mulino», 2006, pp. 803-813.

⁸⁶ El enfoque partidista-parlamentaria a la representación política se confirma, recientemente, aun cuando se abordó directamente el tema, por J. Waldron, *Representative Lawmaking*, en "Boston University Law Review", 89, 2009, p. 354. Cfr., además, A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, cit., pp. 136-139.

⁸⁷ S. Besson, *The Morality of Conflict: Reasonable Disagreement and the Law*, Hart, Oxford, 2005, pp. 343-370.

⁸⁸ Una formulación clásica de la idea de jerarquía de las funciones se debe a M. TroperR, *La separazione dei poteri e la storia costituzionale francese*, Esi, Napoli, 2005.

de producción de la legislación. David Dyzenhaus actuó correctamente al señalar que se trata de una concepción del poder, de origen benthamiano, para el cual la legislación resulta ser el mejor modo para obtener progresos sociales⁸⁹. Desde un punto de vista jerárquico, la legislación es la principal función porque es capaz de tener mejor en cuenta todos los puntos de vista. A esta altura del razonamiento, sin embargo, es claro que la cuestión del primado del parlamento en materia de protección de los derechos es probablemente equivocado. Ello lleva a la mayoría de los constitucionalistas políticos a rechazar modelos alternativos de control de constitucionalidad en relación con el clásico enfoque estadounidense o alemán, más seguido en Europa. También el modelo presente en algunos países del Commonwealth, el potencial diálogo e interacción entre los tribunales y el parlamento⁹⁰, se desecharon porque se consideran viciados por una exorbitante esfera de influencia ejercida, aunque en forma indirecta, por la jurisdicción sobre las cámaras legislativas. Estas últimas, según algunas investigaciones empíricas, tenderían a “anticipar” el juicio de las cortes supremas más que elaborar una propia perspectiva⁹¹.

⁸⁹ D. Dyzenhaus, *The Left and the Question of Law*, en “Canadian Journal of Law and Jurisprudence”, XVII, 2004, pp. 7-30.

⁹⁰ S. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, en “American Journal of Comparative Law”, 49, 2001, pp. 707-760. Sobre el caso paradigmático del Canadá véase el estudio de K. Roach, *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Irwin Law, Toronto, 2001. Recientemente, Waldron ha reconocido la legitimidad de un modelo institucional que establezca un diálogo entre el poder judicial y el poder legislativo: *Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators*, en “Supreme Court Law Review”, 23, 2004, pp. 9-21; un modelo de diálogo entre cortes y parlamento es auspiciado por R. Burt, *The Constitution in Conflict*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1992; I. Shapiro, *The State of Democratic Theory*, cit., pp. 66-77.

⁹¹ J. Hiebert, *New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?*, en “Texas Law

La separación o división de poderes⁹², tanto a nivel de funciones del Estado como a nivel de la organización territorial pueden estar dotadas de valor, en particular si están asociadas a una concepción de la representación. Poner bajo el examen y el control de diferentes órganos representativos por diversas perspectivas, la implementación de los derechos fundamentales podría ser deseable no porque una institución puede proteger mejor que otras estos derechos, sino por la razón de que diversas instituciones tendrán visiones distintas de cómo deben ser definidos los derechos fundamentales⁹³. El riesgo, a esta altura del discurso, es no tener en cuenta el mayor daño que viene de uno menor, más que de una excesiva protección de los derechos individuales. Por otra parte, hay que recordar que los constitucionalistas políticos aplican su tema solo en presencia de determinadas condiciones, algunas de las cuales dan por sentado la existencia de una cultura, en la sociedad, que considera un valor esencial la protección de los derechos fundamentales y opera en esta dirección⁹⁴. De este

Review", 82, 2004, pp. 1980-1985; A. Stone Sweet, *Governing with Judges*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 75-76.

⁹² Sobre la distinción entre los dos términos se puede útilmente consultar R. Guastini, *Separazione dei poteri o divisione del potere?*, en "Teoria politica", XIV, 1998, pp. 25-42.

⁹³ R. Cover, *The Uses of Jurisdictional Redundancy*, en "William and Mary Law Review", 22, 1981, pp. 639-682; R. Fallon, *An Uneasy Case for Judicial Review*, en "Harvard Law Review", 121, 2008, pp. 1708-1709.

⁹⁴ Estas son las condiciones previstas por Waldron: "1) las sociedades tomadas en cuenta gozan de un sistema político democrático con sufragio universal y están dotadas de un parlamento representativo elegido en base a elecciones regulares; 2) la presencia de una serie de instituciones judiciales, en condiciones razonablemente buenas, organizadas sobre bases no representativas a fin de tener competencia sobre los recursos individuales, resolver los conflictos y proteger el estado de derecho; 3) La mayor parte de los miembros de la sociedad en cuestión respeta y se toma en serio los derechos individuales y de las minorías; 4) finalmente, el reconocimiento de la importancia fundamental de los derechos no sustrae esta materia y su contenido al general desacuerdo que caracteriza la vida

modo se reintroduce una especie de seguro para que los resultados del procedimiento mayoritaria no ocasione, en realidad, la violación de los derechos fundamentales.

Por último, es correcto añadir que el primado absoluto del parlamento favorece, hoy en día, una doble miopía en la visión del constitucionalismo político. La primera forma de miopía es hallada en la atención desproporcionada dedicada a las relaciones entre el poder judicial y el poder legislativo, en una época en que el ejecutivo y las autoridades independientes y administrativas conocen una notable expansión de sus competencias⁹⁵. El segundo tipo de miopía es debida al arraigo del debate a nivel de la dimensión estatal o, en algunos casos, regional, del constitucionalismo político. Falta todavía, por parte de estos autores, una reflexión sobre las posibilidades de extender una concepción política del constitucionalismo a un ámbito que vaya más allá del Estado o de las regiones⁹⁶. Una similar deficiencia es probablemente debida a la falta de una reflexión sobre la posibilidad de un constitucionalismo más allá del Estado o sin él. A lo largo de la dirección de una investigación sobre las formas del constitucionalismo político será necesario, además de tener que remediar los límites antes enumerados, que esta teoría se compare con la dimensión internacional del constitucionalismo⁹⁷, es decir, un

pública sobre los temas de la Justicia y del bien”: *The Core of the Case Against Judicial Review*, en “Yale Law Journal”, 115, 2006, p. 1360.

⁹⁵ D. Dyzenhaus, *The Constitution of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

⁹⁶ Algunas indicaciones se encuentran, por ejemplo, en S. Besson, *Ubi Ius, Ibi Civitas: A Republican Account of the International Community*, en S. Besson, J.L. Martí (eds), *Legal Republicanism*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 205-237.

⁹⁷ Una tentativa aplicación a la Unión Europea ha sido expresada por R. Bellamy, J. Schonlau, *The Normality of Constitutional Politics: An Analysis of the Drafting of the EU Charter of Fundamental Rights*, en “Constellations”, 11, 2004, pp. 412-433.

nivel en el que el constitucionalismo jurídico ha demostrado poder ofrecer una interesante perspectiva hasta llegar a postular, como motor de la creación y mantenimiento de órdenes jurídicos internacionales, las jurisdicciones internacionales⁹⁸.

A pesar de la presencia de estos problemas conceptuales, conviene subrayar, una vez más, que el constitucionalismo político define una serie de problemas que permanecen abiertos para cualquiera que quiera ocuparse de la teoría constitucional contemporánea, tanto a nivel estatal como internacional. Como recientemente ha recordado Maurizio Fioravanti, “difícilmente el constitucionalismo, también hoy, como en su tradición histórica, podrá hacer menos que su necesario elemento político”⁹⁹.

⁹⁸ Véanse las clásicas descripciones del rol decisivo de la Corte Europea de Justicia en el proceso de integración europea: E. Stein, *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, en “American Journal of Comparative Law”, 75, v1981, pp. 1-27; J. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999; cfr., además, A. Stone Sweet, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2004; S. Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici allavvicina di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma, 2009.

⁹⁹ M. Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 166.

DERECHOS Y RAZONAMIENTO MORAL:
UNA SUPOSICIÓN TÁCITA

Wojciech Sadurski

En un gran número de libros y artículos, Jeremy Waldron ha iniciado un amplio e influyente asalto teórico a la idea y la práctica de confiar en los jueces el poder de autorizar y revisar los actos legislativos, especialmente en las cartas constitucionales de derechos¹. Gran parte de sus argumentos se pueden leer como dirigidos contra aquellos argumentos que habían respaldado la aparición y mantenimiento de fuertes y políticamente poderosas cortes constitucionales en los sistemas políticos post-comunistas, donde a menudo son vistos como los más eficientes defensores de los derechos humanos consagrados constitucionalmente – quizás, el último recurso en la lucha contra el autoritarismo latente en estos países.

Los argumentos de Waldron han sido ampliamente discutidos y sometidos a un escrutinio crítico, y él a su vez ha respondido a sus críticos. Tal vez la más importante declaración reciente de Waldron sobre este tema es su largo ensayo en el *Yale Law Journal* “The Core of the Case Against Judicial Review”² en él hace un balance de sus propias posiciones hasta ahora, y responde a una serie de críticas llevando sus argumentos más allá. Su argumento sigue dos caminos principales, ya familiares a los lectores

¹ La lista es demasiado larga y, probablemente, demasiado familiar para la mayoría de los lectores, para justificar una nota bibliográfica. Para aquellos que necesitan estas referencias, el mejor consejo es consultar la literatura mencionada en las notas a pie de página de Jeremy Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *Yale Law Journal* 115 (2006): 1346-1406, especialmente 1351 n. 14, 1352 n. 19, 1359 n. 42, 1361 n. 46 and 47, y 1379 n. 89 (de aquí en adelante como “Core Case”).

² Jeremy Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *Yale Law Journal* 115 (2006): 1346-1406.

de su último trabajo: el seguimiento a la eficiente protección de los derechos humanos (alegando que no hay pruebas de que los jueces protejan derechos mejor que los legisladores), y la vía de la legitimidad democrática (recordando un clásico argumento de que la revisión judicial de los actos legislativos, al menos que ciertas condiciones de la democracia se cumplan, es políticamente ilegítima).

En su más reciente trabajo aborda la cuestión de la conveniencia de la revisión judicial, Waldron se centra en la capacidad y la competencia de los jueces para llevar a cabo el tipo de razonamiento moral necesario para adoptar decisiones finales acerca de los derechos. En un artículo no publicado “Judges as Moral Reasoners”³ ataca con su habitual lucidez y minuciosidad, la idea de que los tribunales son mejores en el razonamiento moral que las legislaturas. Fui invitado a ser comentarista del trabajo de Waldron, junto con las observaciones y la posterior respuesta de Waldron, en un simposio organizado por el *International Journal of Constitutional Law* (I.CON).

Estoy totalmente de acuerdo con las conclusiones de Jeremy Waldron, y también con mucho, si no la totalidad, de su razonamiento. Como tal, soy una persona especialmente inapropiada para ser un comentarista de su artículo: “yo también” no suena como un interesante comentario. Y no me siento avergonzado en presentarme aquí como un hombre que coincide con su pensamiento (¡incluso si *había* algo vergonzoso de una aceptación incondicional a las ideas de Waldron!) porque, desde mi modesto punto de vista, yo había llegado a parecidas conclusiones, que había manifestado hace algún tiempo⁴. Así, en vez de intentar

³ Por aparecer en *International Journal of Constitutional Law* (I.CON).

⁴ Wojciech Sadurski, “Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies* 22 (2002): 275-99; véase también Wojciech S., *Rights Before Courts* (Springer: Dordrecht 2005), chap. 2.

pensar en otra manera de justificar mi participación en este debate, voy a sugerir una perspectiva para analizar la estructura general de la filípica de Waldron contra la tesis de lo “Jueces como razonadores morales” (JRM), e identificar una parte negligente de ella.

Tal como yo lo veo, una estilizada y necesariamente simplificada (quizás: grotescamente simplificada) forma de describir la estrategia de Waldron es presentándola como atacando el siguiente silogismo: (1) La articulación de los derechos requiere un argumento moral particularmente minucioso; (2) Los jueces, en comparación con otros actores políticos involucrados en el proceso jurídico, son especialmente buenos en el razonamiento moral; por lo tanto: (3) A los jueces se les debe confiar la especial responsabilidad (incluido el que tenga la última palabra sobre) de la articulación de los derechos autoritativos en la sociedad.

Muchos, si no todos, los ataques de Waldron se dirigen contra la premisa (2): esto es ciertamente verdad de su artículo en este número de I.CON, pero esto es probablemente también cierto sobre mucho de la obra de Waldron sobre la ahora voluminosa contribución al debate teórico acerca de la legitimidad de la revisión judicial. Lo que queda, sin embargo, relativamente subdesarrollado es el debate sobre la premisa (1) en el anterior silogismo. No pretendo desarrollar un argumento en contra de (1) de cualquier forma aquí, sino lo que puedo tratar de hacer, y este será mi única contribución al debate desencadenado por el trabajo de Waldron, es sugerir algunas formas en que la discusión en torno, y el argumento en contra, de la premisa, (1) se pueden llevar a cabo.

1.

Antes de reflexionar sobre el significado, las justificaciones y una posible crítica de la premisa (1), son necesarias tres

aclaraciones preliminares. Primero, que está bien explicado por Waldron pero que necesita ser reafirmado aquí debido a su especial relevancia para mi argumento es que en el contexto de este debate siempre estamos tratando con juicios *comparativos*. Al igual que en el caso de ataque de Waldron a la premisa (2) su argumento no puede ser visto como afirmaciones de que los legisladores son buenos y los jueces son malos en el razonamiento moral, sino solamente que los legisladores (a menudo suficiente para perturbar la fuerza de la premisa(2) son *mejores* en ese sentido que los jueces, incluso en el caso de la premisa (1) puede ser razonablemente leído como el sentido de que un acto de derechos requiere *más* meticulosos razonamientos morales que muchas otras decisiones públicas tomadas por la autoridad pública en la sociedad. En consecuencia, un *desafío* para la premisa (1) puede consistir en mostrar que la articulación de los derechos no implica prestarle más atención al razonamiento moral de unos en vez de otros, basadas en no - derechos conexos a decisiones autoritativas. De ahí, la crítica a la premisa (1) puede no esperarse para mostrar que los fundamentos de las decisiones no están basadas en el razonamiento moral (lo cual sería absurdo) pero no será suficiente para él/ella para mostrar que no hay excedente de moral necesaria en los argumentos relacionados con los derechos, en comparación con muchas otras decisiones públicas autoritativas. Si no hay (como un crítico de (1) puede mostrar) diferencia cualitativa en esta forma, la premisa (1) está minada y toda la tesis de JRM muestra ser una cuestión de mendicidad.

La segunda y tercera observación preliminar se refiere al significado de la noción de “articulación de derechos”. Para comenzar, “articulación de derechos” implica que podemos trazar una línea entre las decisiones que se aplican fundamentalmente a los derechos y todas aquellas otras decisiones que también son públicas y autoritativas (público, en el sentido de que se refieren a una cuestión colectiva surgida en la escala de

una sociedad determinada, y autoritativo, en el sentido de que su aplicación puede ser eventualmente respaldada por el uso legítimo de la fuerza) y que aún no están, centrada en derechos. Como esta redacción misma sugiere, la distinción es de grado, más que del tipo sí –o– no (como es difícil pensar en la decisión pública y autoritativa que no implican derechos en un punto determinado), y todo lo que importa ahora es darse cuenta de que en algunas de tales distinciones necesariamente subyace toda la discusión sobre JRM. *Dónde* está la línea que se va a extraer es una gran y difícil cuestión sensible al contexto que no puede discutirse aquí pero, en lugar de un principio general, podemos tratar de pensar en algunos ejemplos paradigmáticos de decisiones sobre ambos lados de la línea divisoria para darse cuenta de que la distinción es significativa. En el lado de las decisiones basadas en los derechos podemos pensar en permitir legalmente el aborto, permitir crucifijos en las escuelas públicas, o sancionar por discursos raciales de odio y sobre los no –derechos conexos, podemos pensar en una decisión de unirse a una alianza económica supranacional, el establecimiento de un sistema profesional solo en contraposición a un bosquejo obligatorio, o la privatización de la industria de propiedad estatal. (Y es importante señalar que la distinción no se basa en la idea de que una categoría de decisiones tienen un carácter de normas generales, que es abstracta y directivas generales que se aplicarán en el futuro a un número indefinido de casos, hasta que la decisión sea revocada, mientras que la otra categoría solo contiene decisiones puntuales; ambos derechos y no derechos relacionados a decisiones pueden tener diversos grados de generalidad, abstracción, repetitiva y aplicación en el futuro). Pero la advertencia más importante que debe tenerse en cuenta al hablar de las decisiones basadas en derechos, en el contexto de la tesis de JRM, es que debemos tener cuidado de no definir el área de esas decisiones de manera que sea un parásito de nuestro

conocimiento de lo que realmente los jueces están decidiendo; en resumen, que no podemos definir los derechos relacionados como las decisiones que se adoptan normalmente por los jueces. Si incorporamos nuestro conocimiento de las prácticas judiciales en la caracterización de la toma de decisiones basadas en derechos entonces la tesis de JRM se volverán circulares y la discusión sobre ella carecerán de sentido. Porque si los jueces *deben* tener la última palabra sobre un conjunto particular de materias (materias de derechos) es precisamente lo que está en juego en todo este debate –por lo que no puede servir como evidencia para determinar cuál *es* el derecho– conexo.

La noción de “articulación de derechos”, como la empleamos para los fines de este ensayo, se supone que existe, en una determinada sociedad, mediante un catálogo de derechos constitucionales canónicos (ya sea en un documento de *bill of rights* o reconocidos en un implícito pero ampliamente aceptado medio) como para que, en el plano de una formulación abstracta, no es una buena medida de consenso pero al mismo tiempo existe un fuerte desacuerdo entre personas que razonan con buena voluntad, lo que significa que cuando se aplican a circunstancias concretas, cuando una decisión autoritativa es tomada. Así, por ejemplo, todo el mundo está de acuerdo con el derecho contra la discriminación pero hay desacuerdo real (una moda waldroniana) en cuanto a los mandatos o prohibiciones de acción afirmativa en las universidades, etc. El argumento en que se concretiza el abstracto derecho constitucional en una situación específica lo denominaré como una articulación de un derecho, y es autoritativa cuando la articulación tiene la autoridad del derecho: cuando tiene que ser respetado por los demás. Mi argumento principal es que dicha articulación no es tanto un acto de hacer simplemente un concepto vago más preciso (cuando fundamentalmente hay interpretaciones divergente disponibles,

bajo los cánones aceptados de interpretación)⁵ es un acto de dotar a un concepto con valor moral, que es la única razón por la que apoyamos este concepto. Los derechos son significativos para nosotros - moralmente significativo - solo en la medida en que representan un valor moral, pero si un determinado proyecto de “derecho” no puede ser entendido de una manera que es moralmente valiosa para nosotros, no tenemos ninguna razón para refrendar ese derecho en primer lugar. Creo que es una manera diferente de decir lo que Joseph Raz entiende cuando él había sugerido que los “derechos” son “pasos intermedios” o “conclusiones intermediarias en argumentos de valores últimos a deberes”; ellos son, agrega Raz “puntos en el argumento donde se intersectan muchas consideraciones, y cuando los resultados de sus conflictos se resumen ...”⁶.

Este es un punto importante ya que nuestro debate está enfocado en cualquier intento de minimizar la importancia política de la articulación de derechos. Es mucho más que la simple formulación de un concepto más general: un trabajo más específico que puede ser visto como capaz de ser confiado a los jueces, es decir, funcionarios sin legitimidad democrática fuerte, etc. Es, más bien, un acto de hacer una elección fundamental para la sociedad que (cuando un determinado derecho constitucional es capaz de diferente interpretación) *no* había sido prefigurado por una elección constitucional. Ahora bien, puede ser que no todo el derecho constitucional –no todo el derecho escrito en algún documento constitucional en el mundo– es de tal naturaleza: en algunos casos, las decisiones futuras de los actores políticos como la articulación de un

⁵ Esto resuena con el reconocimiento de Waldron de que “los desacuerdos sobre los derechos son a menudo sobre aplicaciones centrales, no solo aplicaciones marginales”, “Core Case” 1367.

⁶ Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Clarendon Press: Oxford 1986) 181.

determinado derecho *ha* sido en gran parte reemplazado por el acto de hacer – constitución (como con respecto a un derecho constitucional en contra de la extradición del propio Estado, por ejemplo, aunque queda cierta libertad de elección en cuanto al significado de “extradición” para los futuros articuladores de derechos). Pero al menos algunos de los más importantes derechos constitucionales son de tal naturaleza que solo en el proceso de articulación de ellos podemos dotarlos del valor en el que se apoya la aprobación de ese derecho en primer lugar - y es en torno a estos derechos que todo el debate acerca del JRM se centra.

Entonces, ¿por qué un acto de articulación de esos derechos es más minucioso, laborioso, y profundo en el razonamiento moral que muchas otras decisiones públicas autoritativas? ¿Por qué, en otras palabras, debemos aceptar la premisa (1) en el silogismo identificado al principio de este ensayo?

2.

Un argumento convencional para la premisa (1) es solo superficialmente atractivo, pero solo superficialmente, y puede ser desechado desde el principio. El argumento es que las decisiones de los no –derechos– conexos son tomadas generalmente desde una perspectiva utilitaria, políticamente orientada, consecuencialistas y con fundamentos pragmáticos que requieren fundamentalmente un compromiso con complejos cálculos de costos y beneficios, mientras que los derechos de articulaciones son fundamentalmente morales en el sentido de que exigen una cuidadosa consideración de las justificaciones de naturaleza filosófica, sobre el carácter y las relaciones mutuas entre los valores tales como la dignidad humana, el auto – respeto, la autonomía, la autorrealización, etc., desde mi punto de vista este argumento es inverosímil. Una forma de rebatirlo es señalando que, incluso

si esta distinción es aceptada en aras del argumento, el utilitarismo es simplemente otra teoría *moral* sobre los fundamentos de la rectitud o incorrección de una acción –por lo que si las decisiones de derechos –no conexos se rigen por principios utilitarios entonces son tan morales como derechos afines. Pero supongamos que alguien que afirma el argumento descrito antes emplea el “utilitarismo” en un sentido convencional en lugar de un sentido filosófico: no como una teoría moral entre una serie de controvertidas teorías morales, sino como un conjunto de argumentos para una decisión que no son en absoluto morales, que no implican un juicio de rectitud moral o de incorrección moral sino apelar a otro de los criterios morales para decidir sobre qué decisiones públicas autoritativas son tomadas. Pero esto sería totalmente inverosímil porque no se puede confiar en esas decisiones basadas en no –derechos– conexos, por su rectitud, sobre algunos criterios que son morales.

Recordemos los ejemplos paradigmáticos de decisiones públicas basadas en derechos–conexos y en no–derechos –conexos que he catalogado anteriormente, en la sección 1 de este ensayo: (a) los ejemplos de las decisiones de los derechos – conexos podrían ser las reglas acerca de la disponibilidad del aborto, permitiendo crucifijos en las escuelas públicas, o castigando por discursos racialmente ofensivos, mientras que los ejemplos de decisiones de no – derechos conexos son (B) un país unido a una alianza económica supranacional, reemplazando obligatoriamente un ejército irregular por uno profesional, y la privatización de la industria. Uno puede, por supuesto, pensar en otros casos paradigmáticos cayendo en alguna de las partes divididas: he intentado dar ejemplos que me parecen verdaderamente casos no–controvertidos, a los ojos de la mayoría de la gente. Pero ¿de qué manera pueden los casos pertenecientes a la categoría B) ser pensados para justificar una menor profundidad,

una menor consideración moral que los casos de la categoría A)? ¿De qué manera los casos en la categoría (B) no se desencadenan en bonitos dilemas morales fundamentales, para que la única respuesta adecuada también pueda ser moral? Consideremos la posibilidad de unirse a una alianza supranacional: un grueso del conjunto de cuestiones relacionadas con los sentimientos de patriotismo, en el sentido individual de la ciudadanía, a la gama de los deberes de solidaridad y ayuda, a las posibles compensaciones recíprocas entre las industrias que tienen mayores probabilidades de ganar y aquellos que son propensos a perder como resultado del paso, y los gastos de indemnización a quienes van a perder – todos estos son *por excelencia* los temas morales incluso si están entrelazados con diversos cálculos consecuencialistas (que finalmente, por su significación, también colapsan en estándares morales). De hecho, semejante cálculos consecuencialistas son implicados por los casos paradigmáticos que pertenecen a la categoría (A), así como: el derecho de elegir el régimen de disponibilidad legal del aborto, permitiendo a la hora de decidir acerca de los símbolos religiosos en los espacios públicos, tolerando el discurso de odio racista – todas estas decisiones y sus contradicciones tienen costos y beneficios claros, plantear preguntas acerca de los resultados futuros, implica consecuencias para la armonía social y la paz, la estabilidad, etc.

Quizás algo depende de este argumento sobre dónde trazamos la línea entre un argumento moral y uno no - moral. *Esto* sería casi desesperado para demostrar (y también para desmentir) que los argumentos de derechos – conexos son morales mientras el argumento de derechos – no – conexos es no moral: el límite de la moralidad es notoriamente difícil de establecer y defender. Aunque uno puede tratar. Uno puede aceptar la idea de Joseph Raz que lo que él llama “moralidad estrecha” son “todos los principios que restringen el logro de sus metas personales y su logro

para su auto – interés”⁷. La esfera fuera de tales moralidades en un sentido estricto, para Raz, está constituida por “el arte de la vida”, es decir, los preceptos que instruyen a la gente cómo vivir y qué hace para una exitosa, significativa y valiosa vida”⁸. Esto corresponde, parece, a la distinción entre el derecho y el bien, o entre los principios de la justicia y de las concepciones de la buena vida, los cuales incluyen también los ingredientes que normalmente no se consideran como “morales”, tales como la prudencia, la conveniencia, la satisfacción personal (que puede ser provocada por la falta de causas no – morales), etc. En el contexto en el que la Raz realiza esta distinción, la pregunta es si podemos considerar la moralidad como estando esencialmente basada en los derechos y su respuesta es que “las moralidades basadas en derecho solo pueden ser moralidades en sentido estricto”⁹. Raz llega a la conclusión de que es imposible distinguir, en un nivel fundamental, los principios de la moralidad en el sentido estricto de esos otros principios, preocupados como están con los propios objetivos personales”¹⁰. Esto se aplica también, creo yo, a una distinción entre consideraciones basadas en derechos y no – derecho a nivel social: es imposible entender el especial valor que concedemos a los derechos individuales en el aislamiento de los valores y objetivos de la sociedad que nosotros, convencionalmente, no determinamos como derechos - conexos. ¿Cómo podemos determinar qué derechos tienen las personas si somos ignorantes en cuanto a los objetivos y valores que hacen a una comunidad política una buena sociedad? Por el contrario, sería un error pensar que podemos entender los valores y objetivos de la sociedad mientras permanecen en la ignorancia

⁷ Id. 213.

⁸ Id. 213.

⁹ Id. 213.

¹⁰ Id. 214.

de los derechos que las personas tienen¹¹. Para la delineación de la moralidad como una esfera (y, por consiguiente, un método de razonamiento) que divide los asuntos en derechos – conexos *versus* los no – derechos es poco convincente.

Pero, en última instancia, estoy de acuerdo con Waldron que no importa lo que *llamamos* moral y no – moral; lo que importa es si una determinada cuestión –como dice Waldron– es aquél en el que el razonamiento moral del tipo que los filósofos morales idealizan es apropiado. Esta determinación no puede ser hecha tallando el tópico – de los temas– en la moral y la no-moral. La propiedad de la moralidad –lo que puede significar– es conferido a un sujeto determinado en virtud del tipo de razonamiento que realizamos al considerarlo. Por lo que sería poner la carreta delante del caballo para reclamar que algunas cuestiones (por ejemplo, relacionados con los derechos humanos) se prestan para el argumento moral, mientras que otros no lo hacen. El tipo de razonamiento que “los filósofos morales idealizan” pueden ser aplicados o retirados de cualquier asunto en la sociedad cuando una decisión –especialmente una decisión pública autoritativa– se propugna.

Así que la diferencia entre las categorías (A) y (B) de las decisiones públicas –entre los que son y los que no son derechos – conexos– no puede ser que las decisiones que pertenecen a la primera categoría plantean dilemas morales y los pertenecientes a la segunda no; y también puede ser que hay una *mayor*

¹¹ Las dos últimas frases deliberadamente parafrasean a Raz: “El error es pensar que uno puede identificar, por ejemplo, los derechos de los demás, aun siendo completamente ignorantes de qué valores hacen una vida significativa y satisfactoria y qué metas personales uno tiene en la vida. Por el contrario, también es un error pensar que uno puede entender los valores que pueden dar un sentido a la vida y tienen objetivos e ideales personales mientras permanecen en la ignorancia de sus deberes hacia los demás”, id. 214.

intensidad de consideraciones morales en la primera categoría, lo que podría significar y podría ser medido. La premisa (1) en el silogismo atribuido a la tesis de JRM, al comienzo de este ensayo no puede depender de esta distinción. Para salvar esto, los defensores de la premisa (1) de la tesis de la JRM deben basarse en un texto modificado y una mucho más sutil distinción: se debe afirmar que, si bien ambos tipos de decisiones plantean cuestiones morales, estas decisiones que son derechos – conexos y en particular las decisiones articulando – derecho, plantea cuestiones morales *diferentes* de aquellos que no son derechos conexos. Y, a continuación, tendrá que ser mantenida bajo la premisa (2) del silogismo, que los jueces son mucho más adecuados que otros actores políticos para manejar *estos particulares* problemas morales que están implicados por la articulación de derechos. Pero tal y como había anunciado, nos mantenemos, en este ensayo, solo en la fase de la premisa (1).

3.

¿Qué tipos de dilemas morales de derechos – conexos pueden ser pensados para ser tan relevantemente diferentes de los dilemas morales desencadenada las decisiones de no – derechos – conexos? Aquí tenemos que llamar a un testigo: un teórico que afirma que la ordenación de los dilemas morales que están implicados por articulaciones de derechos están mejor gestionados por los jueces. Como se puede ver, esta evidencia podría usurpar la premisa (2) en el silogismo original, pero esto es inevitable: en las teorías de la revisión judicial las premisas (1) y (2) están inevitablemente mezcladas la uno con la otra (porque los argumentos acerca de la especificidad de los argumentos morales de los derechos – conexos muy comprensiblemente aparecen como parte de la defensa de la responsabilidad judicial de la articulación de los derechos, en el contexto de un amplio paquete de

JRM). No puedo pensar en un mejor testimonio de esa posición que la de Michael S. Moore:

“Los jueces están en mejores condiciones para este tipo de intuición moral [en relación con los derechos que las personas poseen] que las legislaturas porque los jueces tienen pensamientos morales presentes en ellos todos los días con el tipo de detalle y participación personal concreta necesaria para la visión moral....Uno bien podría pensar que la intuición moral es mejor generada en el nivel de casos particulares, dando mayor autoridad epistémica a las creencias judiciales que la que posee creencias legislativas sobre los mismos temas”¹².

Aquí tenemos un esbozo del tipo de teoría moral necesaria para apoyar la competencia especial de los jueces para proporcionar una autoritativa articulación de derechos (la premisa (2): el tipo de cuestiones morales que tienen que dirigir cuando investigan sobre el significado, importancia y límites de los derechos que las personas poseen debería ser mejor manejado por un llamado “pensamiento moral experimental” que los jueces, como es natural, conducen como parte de su labor profesional diaria. Estos “experimentos de pensamiento” recogen las experiencias de personas reales en contextos reales y circunstancias; hay una gran descripción proporcionada por la “clase de detalle y participación personal” que solo los casos individuales puede suministrar; y cuando todo esto permanece en el nivel de “casos particulares” en lugar de en algunos nobles niveles abstractos (donde las legislaturas habitualmente residen), los que toman las decisiones adquieren la necesaria “autoridad epistémica” para manejar los casos.

¹² Michael S. Moore, “Law as a Functional Kind”, en Robert P. George, ed., *Natural Law Theory: Contemporary Essays* (Oxford University Press: Oxford 1992): 188-242, 230.

¿Qué es lo que uno tiene que hacer frente a esta teoría? Una cosa que se debe tener en cuenta es tener claro los límites: puede ser usado (si es correcto) para justificar la auto - llamada revisión judicial *concreta* (ejercida en el proceso de considerar “casos” particulares y controversias)¹³ pero no la revisión judicial abstracta, ejercida por la mayoría de los cortes constitucionales europeas, que está dirigida hacia la ley *en abstracto*, no en el contexto de su aplicación a casos concretos (a menudo muy poco tiempo después de su promulgación, y en algunos casos incluso *a priori*)¹⁴. De hecho, incluso en los Estados Unidos, que se considera un ejemplo paradigmático de un hogar para la revisión judicial “concreta”, la Corte Suprema a menudo lleva a cabo su examen de actos legislativos que es prácticamente indistinguible desde una revisión “abstracta” y a partir de la cual los argumentos relacionados con “el tipo de detalle y participación personal concreta necesaria para la visión moral” celebrado por Moore y desencadenado por una consideración de un caso particular, simplemente están ausentes¹⁵. Evidentemente, en todos esos

¹³ U.S. Constitution, Art. III.

¹⁴ Véase Sadurski, *Rights Before Courts*, at 65-74 (debatiendo diversas consecuencias de la distinción entre revisión abstracta y concreta) y el id. en 74-79 (comparando el *ex-ante* y *ex-post* de la revisión judicial. Notemos que para Waldron, revisión *ex-ante* no es realmente una revisión judicial, sino que es “algo que equivale en efecto a una etapa final de un proceso legislativo multicameral, con la corte funcionando como un tradicional Senado”, Waldron, “Core Case”, 1359. Pero cuando el examen *ex ante* es ejercido hacia actos ya aprobados por el Parlamento, pero todavía no se ha promulgado, como es el caso con el *Conseil Constitutionnel* en Francia (y, como uno más entre un número de posibles procedimientos de revisión constitucional, en Polonia), el examen que el tribunal ejerce es prácticamente indistinguible de una revisión abstracta *ex-post* de una norma recientemente aprobada. La distinción operativa es, por tanto, entre la distinción entre abstracta y concreta, en lugar de entre *ex-ante* y *ex-post*.

¹⁵ Véase, Alec Stone Sweet & Martin Shapiro, “Abstract and Concrete Review in the United States”, en Martin Shapiro & Alec Stone Sweet, *On*

casos el argumento lanzado por Moore apunta a “experimentos de pensamiento moral” naturalmente realizados por jueces que no lo aplican.

Por lo tanto, necesitamos considerar cuidadosamente el argumento en su propia área de relevancia, que es cuando se aplica a esas decisiones de articulación de derecho que son, sin duda, las decisiones tomadas en el proceso de juzgar acerca de un caso particular, ocasionado por un particular, de agravio no - anónimo individual (como afirma) por la ley que (en su opinión) viola su derecho constitucional. ¿Por qué el razonamiento de un juez que está teniendo lugar en tales circunstancias puede ser necesaria y considerablemente más propicio para una correcta articulación de un general y vago derecho constitucional que cuando se llevan a cabo *en abstracto*, sin una instancia particular de una particular persona?

Esta, creo yo, es la cuestión central que se plantea en el contexto de la consideración de la premisa (1). Y permítaseme afirmar enseguida mi respuesta: no lo sé. No se me ocurre nada convincente, persuasivo para responder a esta pregunta que podría apoyar la superioridad de un determinado “experimento de pensamiento” sobre el razonamiento abstracto, al articular los derechos generales. Pero sugiero que la cuestión es significativa, y que, si no son capaces de proporcionar una respuesta convincente a esta pregunta, los partidarios de la tesis de JRM pueden echar su razonamiento por el suelo. Así que incluso si ellos convincentemente respaldan la premisa (2) –que, como afirma Waldron, son incapaces de hacer– si dejan de responder a la pregunta que acabo de plantear al final del párrafo anterior,

Law, Politics and Judicialization (Oxford University Press: Oxford 2002): 347-375; véase también Alec Stone Sweet, “Why Europe Rejected American Judicial Review: And Why It May Not Matter”, *Michigan Law Review* 101 (2003): 2744-80.

no han cumplido con convencernos sobre la premisa principal, es decir, la premisa (1).

Pero podemos al menos intentar *imaginar* la mejor respuesta posible a la pregunta acerca de por qué un “experimento de pensamiento” debe ser privilegiado sobre el razonamiento abstracto en el argumento sobre los derechos. Existe, ciertamente, siempre un peligro de ser sincero en ese ejercicio (en tratar de imaginar “el mejor posible” argumento detrás de una posición discrepante con uno), pero no estoy seguro de qué más se pueda hacer para debatir de manera significativa la fuerza de la premisa (1). Así que aquí es cómo tal argumento podría ir: “al considerar los dilemas morales, siempre deberíamos privilegiar la perspectiva de la persona a quien la resolución del dilema afectará. Esto es porque en la moralidad, el efecto sobre la persona es lo que importa, en último término, y la forma de reconocer esta importancia es tratar de imaginar la posición de una de las partes interesadas en una determinada decisión. Esto es particularmente importante cuando se trata de derechos individuales: los derechos son individualizados sobre los intereses de las personas y, por lo tanto, el argumento moral acerca del significado de un derecho debe enfatizar y privilegiar la base en lugar de un nivel general”.

Tomemos en serio este argumento y tratar de sacar el mejor partido de ello. Se basa en una cuestión fundamental: la mendacidad de la hipótesis que, en aras del argumento, podemos tomar como correcto. Esta suposición es que los argumentos morales de los derechos – conexos están, en efecto, más centrados en la persona que aquellos que no son derechos – conexos. Esta suposición puede ser respaldada por el marco definicional: por definición de derechos una definición de los derechos puede ser *individualizada* por objetivos legítimos, intereses y bienes, en el sentido de que un derecho describe un aspecto del bienestar individual o interés que conecta con lo bueno de *este* individuo,

y ninguna otra justificación de esto bueno significa colocar un medio para un fin ulterior requerido - de modo que una negación de esto bueno a una persona podría estar equivocada, independientemente de las ulteriores ventajas para alguien¹⁶. Por supuesto, existe un gran debate en curso sobre qué significa la individualización de los derechos, y en qué sentido otros bienes no son moralmente significativos para no ser individualizados¹⁷. Pero vamos a respaldar, para los efectos de esta discusión, toda esta polémica y aceptar, una vez más, solo por el bien del argumento, de que los derechos son estándares significativamente individualizados de una forma moralmente significativa de muchos otros bienes, intereses y valores que no lo son.

¿Qué implica esto para la estructura del razonamiento moral sobre los derechos (como bienes individualizados... etc), y ¿por qué se prestan mejor a un tipo de “experimentos de pensamiento moral” que Moore tenía en mente en comparación de otros importantes dilemas morales que surgen en la sociedad y también reclaman una decisión autoritativa? Una observación obvia es que, desde el reconocimiento de que los argumentos de los derechos – conexos son bienes morales individualizados *no se deduce* que la mejor perspectiva moral para adoptar es la perspectiva “de base”, es decir, el tipo de experimento de pensamiento moral que toma como punto de partida, un caso

¹⁶ Véase Neil MacCormick, *Legal Right and Social Democracy* (Oxford: Oxford University Press 1982), at 159-60; véase también Raz, *Morality*, at 166, 180; Jeremy Waldron, “Introduction”, en Jeremy Waldron, ed., *Theories of Rights* (Oxford University Press: Oxford 1984): 1-20 at 13-14. Esta definición no excluye necesariamente al grupo (o colectivo) sino solo implica que en “derechos colectivos” un grupo que es titular de un derecho afirma estos derechos contra alguna entidad más grande así se inspire en una posición de una persona afirmando sus derechos contra un grupo al que él/ella pertenece.

¹⁷ Véase, Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Duckworth: London 1977) p. 90-94.

particular y trabaja hacia arriba, por así decirlo, pasando de lo concreto a lo general. Es un *non sequitur* para afirmar que la individualización de un asunto de razonamiento moral exige de por sí un “particularizado” (“bases”, “de abajo hacia arriba”, etc.) *método* de razonamiento moral: como el descrito anteriormente en la cita de Moore. Uno necesita ofrecer algunos argumentos adicionales acerca de por qué el “particularizado” método es el mejor tipo de razonamiento moral adecuado para ordenar nuestros dilemas sobre bienes morales “individualizados”, como los derechos.

En esta etapa, necesitamos ir más allá de algunos descriptores muy vagos como métodos morales “particularizados” o vagas metáforas sobre “bases” o “de abajo hacia arriba” para describir el tipo de razonamiento moral que Moore (y otros proponentes de la premisa (1) en JRM) pueden tener en mente. Tenemos que ser un poco más precisos acerca de lo que esa estructura o método de razonamiento moral puede consistir, a fin de ver si concuerda bien con el tema del razonamiento moral de los derechos – conexos. Para ello, podríamos ser de ayudados por una influyente descripción de “equilibrio reflexivo” (ER) de John Rawls, como un dispositivo expositivo para el modelo de razonamiento moral recomendado por el autor de *Teoría de la justicia*¹⁸. El modelo es tan bien conocido y tan ampliamente utilizado (incluidos en el nuevo trabajo de Waldron, solo para ser descartado como fallido candidato para un modelo de razonamiento jurídico), que no hay ningún punto por resumir aquí

¹⁸ Un punto fundamental a destacar es que el equilibrio reflexivo no es empleado por Rawls como una forma de apoyar los principios de la justicia directamente, sino solo como una forma de llegar a una descripción satisfactoria de la posición original, ver *Teoría de Justicia* 19-21. Pero esto no es importante para nuestra discusión aquí, y voy a estar utilizando el equilibrio reflexivo como si pudiera utilizarse para argumentar acerca de los principios morales directamente.

en detalle. El “equilibrio” describe un modelo coherentista de razonamiento moral, dirigido a asegurar que los juicios en todos los niveles de generalidad están en consonancia con los demás, sobre la debida reflexión. Esto puede lograrse mediante el “ir y venir”¹⁹, entre el nivel de “convicciones consideradas” (que es el término de Rawls para juicios específicos, acerca de casos particulares; Rawls, a veces se refiere a ellas como “nuestro juicios diarios”)²⁰ y el nivel de “principios” (que denotan las sentencias de un alto nivel de generalidad) hasta “principios... que coinciden con nuestro juicio debidamente limpios y ajustados”²¹.

¿Cómo puede el modelo de Rawls ayudarnos a entender y aclarar el punto de Moore sobre “experimentos de pensamiento moral”? Una manera obvia sería diciendo que Moore está de acuerdo con el método “de convicciones a principios” que parte del modelo de equilibrio reflexivo. Supongamos que este es el caso (voy a revisar esta suposición abajo, en la parte 5). Ahora bien, a veces incluso Rawls escribe de tal manera como para sugerir que el movimiento “de convicciones a los principios” (lo llaman, en un lenguaje anticuado, un método inductivo) era conceptual y cronológicamente anterior al paso “de los principios a las convicciones” (llamado un método deductivo de razonamiento moral). Pero esto sería una interpretación errónea y no privilegiaría el paso de lo “inductivo” sobre lo “deductivo”, o viceversa. En *Teoría de la justicia* la idea de la simetría o igualdad de peso de ambos pasos es claro: “trabajamos desde ambos extremos”²², Rawls enfatiza, y luego explica fundamentalmente dos, igualmente legítimas opciones disponibles para nosotros cuando las

¹⁹ John Rawls, *A Theory of Justice* (Oxford University Press: Oxford 1971) p. 20.

²⁰ Id p. 46.

²¹ Id p. 20.

²² Id. p. 20.

discrepancias entre los diferentes niveles de generalidad (entre “convicciones” y “principios”) persisten: “Podemos modificar la explicación de la situación inicial o podemos revisar nuestros juicios existentes, incluso para los juicios que tomamos provisionalmente como puntos fijos susceptibles de revisión. Yendo hacia atrás y hacia adelante, a veces alterando las condiciones contractuales de las circunstancias, en otros la retirada de nuestros juicios y adecuándolos al principio”²³, seremos capaces de llegar a un equilibrio, sugiera Rawls. Pero más énfasis explícito en simetría moral hay en el *Liberalismo político* donde Rawls dio su interpretación *ex post* de una descripción inicial de RE: “Una característica del equilibrio reflexivo es que incluye nuestras convicciones consideradas en todos los niveles de generalidad; no un solo nivel, dicen que los principios abstractos o en particular los juicios en casos particulares, se considera como eje fundacional”²⁴.

Y, me permito sugerir, que el modelo de simetría de Rawls es eminentemente persuasivo, incluso cuando se aplica a los argumentos acerca de la articulación de derechos. Es cierto que a veces, cuando se reflexiona sobre los dilemas morales cuando una articulación es un derecho reclamado, comenzamos con una reflexión sobre un caso particular que crea, en nuestra opinión, el problema en cuestión. Por ejemplo, al indagar sobre el alcance de la disponibilidad legal del aborto, podemos “empezar” por el pensamiento de una mujer en particular a la que conocemos y que enfrenta un dilema moral acerca de su embarazo no deseado, o al menos podemos tratar de visualizar esa mujer incluso si no conocemos una y, a continuación, dejamos que nuestra empatía generada por esta imagen haga una obra moral para nosotros,

²³ Id. p. 20.

²⁴ John Rawls, *Political Liberalism* (Columbia University Press: New York 1993) p. 8 n. 8.

algunos al menos hasta el punto en que empezamos a visualizar, y empatizar con, los sentimientos de la gente que está molesta por la idea de la terminación de la vida de los niños por nacer... etc. Un similar “experimento de pensamiento moral” puede llevarse a cabo en los demás casos paradigmáticos utilizados aquí como ejemplos típicos de dilemas de derechos - conexos: podemos intentar introducir en una escuela pública un símbolo religioso e imaginar cómo ese símbolo religioso que es extranjero (a veces, hostil) afecta a los niños en su sentido de identidad y bienestar y también podemos (en el caso de discurso de odio) empezar nuestro razonamiento moral tratando de ponernos en la posición de un miembro de un grupo ofendido públicamente. Y para cada uno de estos casos, también podemos intentar ponernos en los zapatos de quienes se oponen a los reclamos: podemos tratar de imaginar cómo una negativa a permitir un símbolo religioso afecta la sensibilidad de un miembro de una religión mayoritaria, o cómo se sienten los partidarios del racismo en torno a no permitir hacer una generalización racial que el o ella cree correcta e importante.

Podemos intentar reunir los diversos sentimientos imaginados, probar nuestras respuestas a esos imaginarios (o podemos juzgar un caso particular) verdaderos dilemas y, a continuación, intentar dar sentido a nuestra empatía para subir el nivel en el sentido de generalidad. Esto es quizá lo que Richard Rorty describió como “el sentimentalismo” (sin ningún sentido peyorativo de la palabra; de hecho, solo lo contrario) subyacente de nuestras emociones morales: la dependencia de las sugerencias de nuestros sentimientos desencadenados por historias de la vida real en lugar de los mandatos de razones²⁵. Y solo una vez que recopilamos estos recursos - estas experiencias directas o estas

²⁵ Richard Rorty, “Human Rights, Rationality, and Sentimentality”, en Stephen Shute & Susan Hurley, eds., *On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures* (Basic Books: New York 1993): 111-34.

historias - podemos tratar de organizarlos en un esquema más amplio de principios figurando en un mayor nivel de generalidad.

Esto parece ser una versión plausible de un posible proceso en psicología moral. Pero no está claro por qué debería ser un proceso privilegiado (aparte del hecho de que la principal preocupación de Rorty, en el contexto de su artículo sobre el sentimentalismo y los derechos humanos, es la de un educador moral, no una razonador moral; el objetivo era hacer que las personas se comporten mejor unos a otros en lugar de articular los mejores principios de la justicia y el derecho; o para ponerlo de otra manera, Rorty fue afectado por la motivación, no la justificación). Considerese la posibilidad de un contador para cada uno de nuestros casos paradigmáticos. Aborto: comenzamos con el principio de la articulación del valor de la vida humana, o del peso y la ponderación entre el valor de la vida (que podemos ver como el cambio en el proceso de desarrollo de un feto) y la dignidad de una mujer, conectado con el control de sus funciones reproductivas. Podemos intentar coordinar estos principios con la idea de la igualdad de sexos, embarazos no deseados y cómo afecta a las mujeres y a los hombres de manera diferente, y solo una vez que organizamos estas concepciones básicas en nuestra mente, podemos observar un caso concreto que tenemos ante nosotros, e intentar registrar si presenta alguna particular, propiedades moralmente relevantes que nos obliga a modificar la configuración de los principios generales ya existentes. O con los cruxifijos en la escuela: podemos empezar por pensar en lo que la separación del Estado y la religión significa para nosotros y cómo esto figura en nuestro amplio concepto de un estado democrático liberal, y cómo se intenta conciliar los principios del no - establecimiento de la religión y del libre ejercicio de la religión, cuando chocan, y solo entonces podemos tratar de ver cómo, a la luz de la concepción general del lugar de la religión en una política liberal, la presencia de símbolos religiosos en las

instituciones públicas, incluidas las escuelas, puede ser aceptada o rechazada. El caso es similar con nuestro tercer caso paradigmático: el discurso de odio²⁶.

No quiero decir en este punto que la última explicación es moralmente más atractiva que la anterior, pero no veo cómo se puede demostrar ser evidentemente *menos* atractivo, que el argumento de un defensor de la premisa (1) en el silogismo JRM tendría que soportar. Para decirlo de manera audaz, no creo que la “moral aprehendida es mejor generada en el nivel de casos particulares”, como es la afirmación de Moore, y que la afirmación es necesaria para apoyar la premisa (1). Tanto el modelo de John Rawls de ER y mi propia apreciación da cuenta de los dos rivales de razonamiento moral, sugieren que el (segundo) modelo “deductivo” es al menos tan atractivo como el “inductivo” (anterior). Y si esto es correcto, entonces es todo lo que se necesita para lanzar una duda fatal contra la fuerza de la premisa (1).

4.

Pero pensándolo bien, mi opinión es que el modelo “deductivo” (“de arriba a abajo”) es *más* atractivo, y que hay un buen sentido moral “comenzando” de manera muy general y abstracta de principios morales, y solo entonces inicia la bajada hacia casos particulares, con los conocimientos adquiridos a partir de la reflexión sobre los casos particulares que actúa como un modificador de los principios anticipadamente establecidos que rigen un determinado “bien individualizado”, es decir, un derecho constitucional. Es decir, hay una buena razón *prima facie* para privilegiar el razonamiento moral sobre los derechos centrados

²⁶ Véase similarmente, Michael Freeman, *Human Rights: An Interdisciplinary Approach* (Polity: Cambridge 2002) p. 56.

alrededor de concepciones generales y abstractas, y otorgándole primacía moral vis-à-vis al tipo de intuiciones morales que normalmente nosotros experimentamos cuando se realizan “experimentos de pensamiento moral” como los celebrados por Moore.

Consideremos nuestros casos paradigmáticos de los dilemas de derechos – conexos. En el caso del aborto, ¿cómo podemos conseguir empatizar con las emociones de una mujer con el fin de sopesar y ponderar serios principios conflictivos que apuntan en direcciones diferentes y, sin embargo, que debemos configurar dentro de un conjunto relativamente coherente si queremos proponer una regla que da sentido moral no solo para esta persona, sino también para la mujer pero también a la sociedad como un todo? Porque hay muchos actores con “estacas” en los diferentes niveles de intensidad: las mujeres con embarazos no deseados, los padres de sus hijos por nacer, los propios niños por nacer (al menos desde la perspectiva de aquellos que creen que ya son seres humanos dotados de sus propios intereses legítimos) y prácticamente todo el mundo que tiene un punto de vista sobre la cuestión y que tiene derecho a vivir en una sociedad regida por reglas de conducta justa. O tomar la cuestión de los crucifijos en la escuela: realicemos un profundo análisis dentro del dilema (o incluso solo un buen punto de partida para la consideración de) este dilema si nos encerramos en las perspectivas de los escolares: ¿aquellos que pueden sentirse molestos por enfrentar constantemente una actitud hostil (para ellos) hacia un símbolo religioso, o aquellos a quienes sus padres les han contado que su símbolo religioso preferido debe acompañarlos en todos los lugares significativos en su escuela y, sin embargo, no hay ninguno? ¿No estamos propensos a pensar acerca de la cuestión de una mejor manera si queremos comenzar por reconocer que el asunto es uno donde algunos principios importantes de la religión y el Estado se intersectan, y donde un número de contradictorios,

pero *prima facie*, legítimos intereses deben ser mutuamente reconciliados y reajustados? Y lo mismo se aplica a las expresiones de odio por ejemplo: ¿estamos realmente ayudando a nuestra percepción moral recordando historias sobre individuos que reaccionan de una u otra forma al vilipendio público en lugar de declarar abiertamente que esto es un escenario de potencial conflicto entre dos principios fundamentales: la libertad de expresión y la dignidad de la persona, y que cada uno tiene unas razones significativas en respaldo de ella, y por lo tanto, la mejor manera para determinados derechos específicos en cuestión es comenzar preguntándose a sí mismo, en forma imparcial: Qué razones generales pueden ser invocadas en respaldo de los intereses en conflicto en este caso, y cómo estas razones pueden ser pesadas y ponderadas, una contra la otra en esa instancia?

Este modelo de razonamiento moral tiene mucho que reclamar a su favor, aparte del hecho de que simplemente puede parecer mucho más intuitivamente natural, como un asunto de psicología moral, para muchos de nosotros. Esta apelación puede mentir, en primer lugar, en su *capacidad para captar los conflictos* entre diferentes principios morales que pueden no ser detectables en el nivel de una determinada experiencia personal (informado, como puede ser a menudo, por la presión de un poderoso valor o principio) pero que aparecen con toda su complejidad solo en un nivel interpersonal, cuando intentamos recoger los principales valores que están en juego. Esta dimensión del conflicto de principios es invisible en el plano de Moore de “experimentos de pensamiento moral” ocasionado por casos particularmente ricos con “el tipo de detalle y concreta implicación personal” resultantes de la empatía pero miope hacia consideraciones contrapuestas. Privilegiando el “de abajo hacia arriba”, el razonamiento moral implica el riesgo de que un “panorama general” desaparecerá y, en el caso de los derechos en particular, el panorama más amplio es todo lo que importa. Porque si hay algo muy específico acerca

de los dilemas de derechos – conexos es que implican conflictos, a veces trágicos conflictos de valores, cada uno de los cuales está justificado independientemente y, sin embargo, algunos de los cuales tienen que dar paso a otros en la instancia particular. Entonces si algo en los dilemas de derechos – conexos pone más énfasis en lo abstracto, en lugar de un razonamiento moral particular, es porque solamente el nivel abstracto es capaz de abarcar tantos valores, que ejercen su presión gravitacional sobre el caso, en la medida de lo posible.

La inclinación hacia lo general en contraste con lo particular, en el contexto del razonamiento moral, es respaldada también por la búsqueda de la *imparcialidad*. La “Imparcialidad” es probablemente una insignificante, quizás absurda, perspectiva cuando se lleva más allá de las preocupaciones de moralidad personal, pero es de vital importancia cuando se reflexiona sobre los principios de la justicia - sobre los principios que han de regir las interacciones entre individuos todos abrazando a menudo diferentes moralidades personales. Los “experimentos de pensamiento moral” orientados a realizar un seguimiento de una posición imparcial sobre una determinada cuestión controvertida (por ejemplo, los experimentos como un razonamiento en una posición original, detrás del velo de ignorancia²⁷; o dentro de las limitaciones del diálogo neutro²⁸, o desde una perspectiva de un observador imparcial o un ideal²⁹, etc.) nos pueden ayudar a asegurarse de que no se propone adaptar los principios morales de la justicia a nuestros intereses particulares (o los intereses de quienes nos afectan emocionalmente de un

²⁷ Rawls, *A Theory of Justice*.

²⁸ Bruce A. Ackerman, *Social Justice in a Liberal State* (Yale University Press: New Haven 1980).

²⁹ Véase la discusión de Rawls sobre este concepto en *Teoría de la justicia* en 184-90, y la literatura citada en 184 n. 34.

modo especialmente intenso) sino que tenemos tantos intereses como sea posible. Esto es lo que Rawls tenía en mente cuando dijo que, “sin el conocimiento de sus activos naturales o situación social, [las partes en la posición original] están obligados a ver sus acuerdos en general”³⁰. Existe una larga y convincente (para mí, en cualquier caso) tradición en pensar moralmente la justicia como si existiese un fuerte vínculo entre la imparcialidad (a nivel de método) y la justicia (a nivel de la sustancia) - y seguramente la imparcialidad es fatalmente amenazada si nos permitimos ser presos de nuestras intuitivas respuestas a estudios de casos específicos que se nos presentan, con todos los sesgos y prejuicios que podrían contaminar nuestros juicios intuitivos así formados.

Tercero, un nivel suficientemente alto de abstracción del discurso moral es necesario para garantizar un grado de *igualdad de trato* de los destinatarios de los diversos derechos. Es solamente cuando consideramos un individuo como miembro de una categoría más amplia, como “una persona genérica, no como la cálida y colorida que persona es”³¹, lo que deberá ser capaz de establecer los criterios de relevancia de las propiedades particulares de un individuo con el objetivo de igualdad de trato. Cada persona es diferente en algunos aspectos y similares (o idéntico) en otros; a fin de tratar por igual a las personas que necesitamos establecer propiedades individuales son relevantes, pero esto es simplemente imposible si queremos limitar nuestra preocupación para una sola persona. La abstracción de la articulación de un derecho es un requisito previo de su universalidad: se aplica a todos los casos pertinentes. “Esta universalidad de los derechos liberales... está basada en un compromiso ético con la igualdad de trato de las personas” - observó Stephen Holmes,

³⁰ Id. P. 187.

³¹ Stephen Holmes, *The Anatomy of Antiliberalism* (Harvard University Press: Cambridge Mass. 1993) p. 229.

y señaló: “permanece oscura cómo varios críticos [de derechos abstractos] pueden deshacerse de todas las abstracciones y sin embargo abrazar el igualitarismo...”³². Esta preocupación sobre la igualdad requiere un grado de desprendimiento de un caso concreto: una igualdad de derechos respetando la articulación debe proporcionar una interpretación de un derecho que debe ser extendido a todos (todos en una relevante posición similar, es decir, lo que es una relevante posición similar es algo probado por una concepción de la justicia, y cualquier exclusivismo, criterios discriminatorios son fácilmente detectables en ese nivel). Y la concentración en un solo caso vuelve la preocupación por la igualdad ilusoria.

Por último, el movimiento hacia la dimensión general y abstracta, en contraposición al particular “experimento de pensamiento moral”, puede ser compatible con la necesidad de asegurar la adecuada *legitimidad* de las articulaciones autoritativas de derechos. El principio liberal de legitimidad postula que solo las leyes que se basan en argumentos y razones para que los miembros de la sociedad tengan un motivo racional como objeto puede presumir de legitimidad política, y como tal se aplican coactivamente incluso a quienes realmente están desacuerdo con ellos. Un *locus classicus* contemporánea de este principio es el liberalismo político de Rawls: “Nuestro ejercicio del poder político es totalmente apropiado solo cuando es ejercido de conformidad con la Constitución, los fundamentos de los que todos los ciudadanos como libres e iguales pueden razonablemente esperar que se fundamentan a la luz de los principios e ideales aceptables por su común razón humana”³³. Rawls profundiza sobre esta concepción

³² Holmes, p. 230.

³³ Rawls, *Political Liberalism*, at p.137. Una formulación más amplia del “ideal expresado por el principio de legitimidad” es: “vivir políticamente con los demás a la luz de razones que todos pudieran razonablemente

en su discusión de la noción de “razón pública”, es decir, reconocer públicamente los estándares de lo correcto e incorrecto. Otra forma de expresar el mismo pensamiento es la tesis del “endorsamiento para todos”, una tesis que se puede encontrar en la sugerencia de Habermas acerca de cómo los intereses individuales pueden aparecer en deliberaciones públicas: “Solo valores – orientaciones *generalizables*, que todos los participantes (y todos los afectados) pueden aceptar con razones apropiadas para regular el asunto... y pasar este umbral”³⁴. La implicación es clara: algunos argumentos, incluso si están realmente presentes en las mentes de los legisladores o los encargados de formular políticas, no están calificados para la figura de la defensa pública del derecho; el derecho debe ser defendible en términos que pertenece a un foro de principio en lugar de un escenario político de gangas y juegos desnudos de interés.

Pero, ¿cómo puede uno esperar lograr una “orientación de valores generalizables” si los ojos están firmemente enfocados en el caso concreto: un juicio, o un estudio de caso imaginario, *à la* Moore? Solo en un nivel más amplio, más abstracto, cuando tratamos de destilar los argumentos presentados a nosotros desde su arraigo en un tipo particular de experiencia moral, o una tradición ética, o un dogma religioso, podemos aspirar a alcanzar los argumentos que pueden ser, razonablemente, respaldados por otros, incluso si esos “otros” no necesariamente aceptan las

aprobar”, *ibid* en 243. Para otra declaración del principio liberal de legitimidad véase Rawls, *El liberalismo político*, en la p.217.

³⁴ Jürgen Habermas, *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory* (Cambridge, Mass: MIT Press, 1998) at p.81, énfasis en el original. El mismo punto ha sido bien expresados por Waldron: “Si hay alguna persona a quien no se le puede dar una justificación, entonces en lo que a él respecta el orden social puede ser mejor sustituido por otros mecanismos, al *status quo* no ha hecho ninguna declaración de *su* lealtad”, Jeremy Waldron, *Liberal Rights* (New York: Cambridge University Press, 1993) p. 44, ambos resaltados en el original.

conclusiones concretas del argumento. Por lo tanto, solo cuando nuestro razonamiento está localizado en un nivel bastante abstracto podemos aspirar a alcanzar las condiciones de legitimidad de un estatuto de articulación de derechos.

Estos cuatro tipos de preocupaciones morales: la visibilidad de los conflictos morales, imparcialidad, equidad y legitimidad – argumentan a favor de lo “deductivo” en contraposición de método moral “inductivo”, cuando los dilemas sobre una adecuada articulación de derechos se nos presentan. Están a favor de una perspectiva “abstracta” en lugar de una perspectiva específica; para privilegiar uno “de los principios generales, en particular los juicios” en lugar de un *viceversa* movimiento en el ejercicio de equilibrio reflexivo.

5.

Además, permítanme añadir algo más sobre cómo el marco del equilibrio reflexivo, en la versión rawlsiana (que se ha convertido en canónica), encaja el esquema del argumento que aquí se sugiere. Hasta ahora he estado empleando uno de los dos pasos, los pasos de igual legitimidad para lograr un equilibrio, es decir, el “de abajo hacia arriba” (para considerar los juicios a principios generales) correspondieron al “experimento de pensamiento moral” de Moore o los sentimientos de empatía moral de Rorty. Y mi estrategia de rebatir la primacía de ese enfoque (que he sugerido, es el mejor respaldo que uno puede encontrar para la premisa (1) en el silogismo JRM) está demostrando que no hay ninguna razón, ni en Rawls o en el más intuitivo pensamiento sobre el derecho, ¿por qué deberíamos privilegiar *este* paso; si en todo caso, hay una buena cantidad de sentido en privilegiar el movimiento inverso, desde principios a determinadas convicciones. Pero deseo poner en corchete por un momento la hipótesis de que el movimiento de abajo hacia arriba de

Rawls corresponde a la intuición, la empatía intuitiva basada en respuestas a situaciones específicas de hecho y, por consiguiente, que al menos la mitad del equilibrio reflexivo de Rawls sería útil para los defensores de la premisa (1).

Las descripciones y usos del ER de Rawls, difundido por la *Teoría de la justicia* y brevemente reiterado en el *Liberalismo político* (y también, en una versión mucho más pálida y *sans le mot*, en el *Derecho de gentes*³⁵, no son parangones de claridad y se prestan a diversas lecturas. Es cierto que, a veces, Rawls puede interpretarse en el sentido de que el paso “de abajo hacia arriba” en el ER corresponde aproximadamente a lo que Moore podría caracterizar como el tipo de experimento de pensamiento moral que él valora tanto como la modalidad preferida de razonamiento moral cuando los derechos están en juego. Por ejemplo, cuando explica que los juicios de justicia están sujetos a una cuidadosa selección y examen por nosotros mismos antes de que ellos lo hagan en el siguiente paso de ER, se supone que, al menos en la etapa inicial, comenzamos con los intuitivos y muy específicos, ásperos juicios: casi respuestas no reflectivas a situaciones de hecho concretas, por lo que “podemos desechar esos juicios realizados con vacilación, o en los cuales tenemos poca confianza”, o aquellos que hacemos “cuando estamos molestos o asustados, o cuando esperamos ganar de una forma u otra”, etc³⁶. Una sensación similar puede obtenerse de la analogía de Rawls entre “juicios (morales) diarios”, y la capacidad, para los hablantes nativos del idioma, “a reconocer enunciados bien formados” (aquí Rawls apela a la teoría de Chomsky, y “el sentido

³⁵ “La concepción del contrato social [en el Derecho de gentes], más que cualquier otra concepción conocida por nosotros, debe unir, en una visión coherente, nuestras convicciones políticas y juicios políticos considerados (moral) en todos los niveles de generalidad”, John Rawls, *The Law of Peoples* (Harvard University Press, Cambridge Mass. 1999) p. 58.

³⁶ Rawls, *A Theory of Justice* p. 47.

de gramaticalidad” que tenemos para los enunciados de nuestro idioma nativo)³⁷.

Pero sus ejemplos emblemáticos del procedimiento de abajo hacia arriba son claramente diferentes de los experimentos del pensamiento moral de Moore. En *Teoría de justicia* dio las convicciones “que la intolerancia religiosa y la discriminación racial son injustas”³⁸ como ejemplos de esos “juicios... que nos... hacen intuitivamente y en el que tenemos la máxima confianza”³⁹, y que podemos considerar como “provisionales puntos fijos en los que suponemos que ninguna concepción de la justicia debe encajar”⁴⁰. Suena bastante abstracto para mí; no son el tipo de respuestas morales intuitivas para un mal moral, cuando lo vemos, sino principios bastante generalizados y abstractos, quizás a un nivel intermedio entre determinadas respuestas morales y los valores últimos. Similar fue su lenguaje en el *Liberalismo político* cuando ofreció ejemplos de actuales “convicciones firmemente poseídas” que pueden ser “recogidas” con el fin de discernir principios generales que subyacen a ellos: “la creencia en la tolerancia religiosa” y “el rechazo de la esclavitud”⁴¹.

Mi observación aquí no es para llevar a cabo la exégesis de Rawls, sino mostrar que incluso esta parte del ER de Rawls –un dispositivo conceptual ampliamente utilizado en la filosofía moral– que consiste en el movimiento ascendente difícilmente puede ser de mucha utilidad para aquellos que profesan un procedimiento moralmente atractivo en sentido moral de los derechos es en el que registrar primero nuestra inmediata e

³⁷ Id. p. 47.

³⁸ Id. p. 19.

³⁹ Id. p. 19.

⁴⁰ Id. p. 20.

⁴¹ Rawls, *Political Liberalism* p. 8.

intuitiva, respuestas a situaciones de hecho concretas y, a continuación, trabajar estos “experimentos de pensamiento moral” de una forma más articulada, más coherente. Al menos para Rawls, este *no* era el significado de su procedimiento de abajo hacia arriba; el rechazo de la esclavitud, la creencia en la tolerancia religiosa, la condena de la discriminación racial – estas no son instancias de una “percepción moral... mejor generadas en el nivel de casos particulares” (para usar el lenguaje de Moore), o respuestas “sentimentales” a casos concretos de sufrimiento (en el enfoque de Rorty) sino concepciones morales de nivel medio, la inteligibilidad de los cuales pueden ser perfectamente fijado en forma abstracta. Es muy posible que, para algunas personas, como un asunto de su psicología moral individual, estaban motivadas por estar frente a casos concretos de intolerancia o de discriminación, pero esto no es evidente para todos, y no figura como parte de la descripción de Rawls de la vía de abajo hacia arriba de ER.

6.

En resumen: gran parte de la crítica teórica (incluyendo el papel de Waldron bajo discusión) se dirige contra el privilegiar a los jueces frente a los legisladores para llevar a cabo minuciosos, sofisticados, e imparciales razonamientos morales necesarios para la correcta articulación de los derechos constitucionales: los legisladores, los críticos de la revisión judicial, no pueden decir que no hay algo peor, y quizás sí algo mejor. Pero, ¿qué es el “algo” en la última frase?, sigue siendo a menudo un misterio.

Tanto los defensores como los detractores de la revisión judicial asumen tácitamente que hay una especial capacidad moral necesaria para una correcta articulación de derechos constitucionales (explícita o implícita) y solo ellos están en

desacuerdo acerca de si es probable que posean esta capacidad moral en un grado superior. Pero en este ensayo yo desafío esta presunción no declarada. He intentado mostrar (después de haber explicado los términos del debate central, en la parte 1 de este ensayo) que no es cierto que el razonamiento orientado hacia la articulación de derechos es *más* moral que muchas decisiones públicas autoritativas de no – derechos en la sociedad (parte 2); he sugerido que el razonamiento de los derechos – conexos no puede ser *diferente* a una forma moral que respaldaría la idea de que esta diferencia pertinente puede justificar por qué algunos agentes políticos (como los jueces) pueden ser más adecuados para realizar este tipo particular de razonamiento moral que otros agentes (como los legisladores). El mejor argumento para una distinción que se encuentran en la literatura se refiere a la oportunidad y la costumbre de realizar “experimentos de pensamiento moral”, que es lo que, como parte de su deberes profesionales, los jueces normalmente hacen, y que por lo tanto pueden también hacer instintivamente cuando realizan la revisión judicial “concreta” de una norma. Pero no hay ninguna buena razón moral para creer que los “experimentos de pensamiento moral” se desencadenen por concretos hechos específicos que deben ser privilegiados como un método de razonamiento moral, comparado a un desvergonzadamente abstracto, razonamiento basado en principios morales (parte 3). En todo caso, algo bueno puede ser hecho (refiriéndose a la necesidad de reconocer abiertamente los conflictos éticos, asegurar la imparcialidad, la igualdad y la legitimidad) para deliberadamente abstraer de casos concretos y centrados en el nivel abstracto y general, solo modificando más adelante, si uno se ve obligado a tales modificaciones examinando las pruebas a partir de casos concretos (parte 4). Ni siquiera la mitad (la mitad inferior) del famoso aparato rawlsiano del “equilibrio reflexivo” puede ser de ayuda en este sentido (parte 5).

Este argumento pone a un lado, como se puede ver, la cuestión de si los jueces naturalmente se centran, en su psicología moral, en casos específicos⁴², mientras que los legisladores, en cambio, piensan fundamentalmente en términos abstractos y generales, no contaminados por su conocimiento de casos particulares. Esta cuestión pertenece al conjunto de las cuestiones debatidas por Waldron: comparación de respectivas competencias, habilidades y estilos de razonamiento moral realizadas normalmente por jueces y legisladores. En “Jueces como razonadores morales” nos da algunas buenas razones para creer que el tipo de argumento público acerca de los derechos que deben figurar en la vanguardia de las articulaciones de derechos autorizados es mejor manejada por los legisladores, que tienen la responsabilidad de revestir sus argumentos en un traje jurídico y por las convenciones legales (incluyendo) la interpretación textual que a menudo es borrosas en lugar de aclarar las verdaderas cuestiones morales en las estacas. Su principal estrategia en el ensayo bajo discusión es que la mezcla de lo legal con lo moral vuelve a los jueces inferiores como articuladores autoritativos de derechos. Pero antes de que entremos en el examen de su propio argumento, es útil, como cuestión preliminar, cuestionar las tácitas suposiciones acerca de qué tipo de razonamiento moral está implicado en el argumento sobre los derechos - la hipótesis de que, a veces, parece compartir con sus oponentes en este debate⁴³.

⁴² Waldron, sostiene que no es el caso, especialmente más allá de la preocupación de las cortes; “Core Case” at 1379-80.

⁴³ Para estar seguro, tal presunción no declarada puede ser leída en el ensayo bajo discusión aunque él no refuta cualquiera; ha sido, sin embargo, hechas en su “Core Case”, donde sostuvo que no es el caso en que los tribunales de apelación suelen considerar “carne y sangre de situaciones individuales”, Ibid., p. 1379, y que los legisladores a menudo examinan casos individuales cuando proponen iniciativas o procesos legislativos, id. en 1380.

*TOMANDO LOS DESACUERDOS EN SERIO:
SOBRE DERECHO Y DESACUERDOS DE
JEREMY WALDRON**

David Enoch

1. TOMANDO LOS DESACUERDOS EN SERIO

*Derecho y desacuerdos*¹ de Jeremy Waldron es un libro muy importante e influyente. No solo es probablemente el mejor conocido libro en contra de la revisión judicial, sino también es rico en detalles y argumentos sobre cuestiones relacionadas pero diferentes, como la historia de la filosofía política, la relevancia de la metaética de la filosofía política, la deseable estructura de los órganos legislativos, la justificación de la democracia y el mayoritarismo, la filosofía política de Rawls, y mucho más. Comentando tan rica obra, entonces, la dificultad no es encontrar cosas con las cuales estar en desacuerdo (o, de hecho, estar de acuerdo), sino en escoger y elegir entre los muchos temas que uno puede discutir. A continuación me centraré en las que me parecen son las dificultades centrales en el marco más general de la filosofía política a la que Waldron parece adscribirse y su aplicación al tema de la revisión judicial.

Permítanme comenzar, sin embargo, haciendo hincapié en dos importantes puntos de acuerdo.

En primer lugar, comparto las sospechas de Waldron sobre algunos de los beneficios instrumentales que comúnmente se piensa que pueden ser asegurados mediante examen judicial. Por supuesto, estas sospechas son de hecho especulaciones empíricas (como son sus negaciones). Y esto significa que las apuestas filosóficas en ellos no necesitan ser muy altas, así que

¹ * Este artículo fue publicado en Israel Law Review N° 3, 2006. Agradecemos a los editores su autorización para reproducirlo en este libro. Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (1999).

estoy bastante despreocupado aquí, relajándome en mi sillón, mientras espero el veredicto de aquellos que supuestamente hacen trabajos comparativos empíricos. La naturaleza empírica de estas sospechas significa también que están fundamentadas de una muy diferente forma de una jurisdicción a otra. Mi propia especulación empírica es que en Israel hoy en día la revisión judicial de la legislación –al igual que la revisión judicial de la administración– tiene efectos buenos, lo suficientemente buenos como para compensar sus costes. Así que no me uno a las filas de quienes se oponen a la revisión judicial, aquí y ahora. Pero, repito, esto es solo una corazonada.

El segundo punto importante sobre el que estoy de acuerdo con el profesor Waldron es la observación –central para su trabajo, aquí y en otros lugares– de que el desacuerdo es omnipresente y que está aquí para quedarse. Tengo muy poco respeto por la opinión de que, en sus intentos de presentar soluciones a problemas centrales de la filosofía política, heroicamente se ignore el alcance del desacuerdo, creativamente se invoque inexistentes consensos –superpuestos o no– y otras maneras de tratar de resolver los problemas pretendiendo que ellos realmente no existen. Estoy de acuerdo, entonces, que el desacuerdo debe ser tomado en serio, y que los filósofos políticos deberían tener algo interesante que decir acerca de cómo debemos tomar en cuenta –en nuestras acciones políticas colectivas– el hecho de que las personas están en desacuerdo acerca de, bueno, todo. De hecho, voy a concluir expresando una duda acerca del punto de vista de Waldron aquí: no estoy seguro de que él tome suficientemente en serio el desacuerdo.

En la sección II de este artículo, yo sostengo que el problema relevante es el desacuerdo, razonable o no, y sugiero que –algunos de sus comentarios, sin embargo– nada en el argumento Waldron depende de la razonabilidad de los desacuerdos.

En la sección III critico la afirmación de que un procedimiento de decisión mayoritaria arroje motivos que excluyen el primer orden, razones sustantivas (relevantes para los temas controvertidos), en lugar de razones que existen para ser ponderadas contra ellas. En la siguiente sección (IV) argumento en contra de la afirmación de Waldron de que existe una tensión en las justificaciones de las teorías basadas en derechos de la revisión judicial, porque, básicamente, tienen que confiar en la capacidad de las personas de razonar prácticamente (con el fin de tratarlos como portadores de derechos, en primer lugar) y en desconfiar en estas capacidades (con el fin de invalidar un procedimiento de decisión mayoritaria). Yo sostengo que no existe tal tensión. En la sección VI entonces discuto una serie de cuestiones derivadas de la preocupación de la teoría de Waldron sobre las consecuencias del desacuerdo –controvertidas en sí mismo, por supuesto– es contraproducente. Quisiera concluir con un comentario sobre cómo la filosofía política debería proceder en orden a tomar *realmente* en serio el desacuerdo.

2. ¿QUÉ ES LO QUE DEBE TOMARSE EN SERIO, EL DESACUERDO O EL DESACUERDO RAZONABLE?

No es completamente claro para mí si Waldron quiere tomar en serio *desacuerdo*, o simplemente tomar en serio el desacuerdo *razonable*, y porque esto me parece una importante diferencia, que es sumamente relevante para mucho de lo que está pasando en la filosofía política contemporánea, quiero darle al profesor Waldron la oportunidad de aclarar las cosas aquí.

Supongamos que usted encuentra una sociedad en una situación de desacuerdo, y más tarde se descubre que el desacuerdo no es razonable, que hay personas razonables solo en un lado, o que todos menos uno de las opiniones en disputa no son razonables. ¿Aliviado?, ¿Debería estarlo? ¿Deberían ser los retos de la

filosofía política fáciles de manejar, porque aunque el desacuerdo está presente, el desacuerdo razonable no lo está? Estoy de acuerdo con Raz² en contestar negativamente aquí. La razón del desacuerdo es un problema, es un poco rudamente, que estamos moralmente obligados a tratar a las personas con respeto, incluso cuando se equivocan, que su opinión cuenta incluso cuando sea equivocada, que estamos moralmente obligados a permitir a la gente a ser los autores de sus propias vidas³ incluso cuando no están muy bien como autores. Este respeto por la autonomía de las personas es la respuesta apropiada desde el punto de vista moral, me parece, a su humanidad, personalidad, (kantiana) racionalidad, quizás su condena, o algo de este tipo. Ciertamente no es la respuesta adecuada a la moral de su razonabilidad (cualquiera que sea exactamente lo que esto puede significar). Por lo tanto, es una especie de respeto que debemos - al menos *prima facie* - a lo irrazonable. Y esto significa que las razones para tomar en serio el desacuerdo no pueden distinguir entre desacuerdo razonable y desacuerdo irrazonable. Restringir el debate a lo razonable, me parece una estafa - tal vez desesperados sobre las perspectivas de encontrar una solución para el problema en toda su magnitud (la necesidad de tomar en serio cualquier desacuerdo), el filósofo político cansado redescubre el problema de manera -que lo que él puede pensar- es más susceptible que la solución⁴.

Por lo tanto el problema, creo, es el desacuerdo, razonable o no, y para la mayor parte del libro me pareció que esta era

² Joseph Raz, *Disagreement in Politics*, 43 Am. J. Juris. 25, 33 (1998). Mi conclusión de que el desacuerdo, no desacuerdo razonable, es lo que cuenta - como digo, también es una afirmación de Raz. Mi manera de apoyarla (que sigue en el texto) no aparece en el artículo de Raz.

³ Tomo esta forma de hablar de Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, 369 (1986).

⁴ Véase también Thomas Christiano, *Waldron on Law and Disagreement*, 19 L. & Phil. 513, 516 (2000).

también la opinión de Waldron. Me parecía, en otras palabras, que lo que importaba eran los desacuerdos periódicos, o quizás los desacuerdos siempre que sean de buena fe, independientemente de si están dentro de los límites razonables que se supone demarcar. Pero, entonces, hubo sugerencias hacia el final del libro⁵, así como a un más reciente tratamiento de estas cuestiones⁶, que es después de todo el desacuerdo razonable que plantea el desafío. Si esto es así, ¿qué razón filosóficamente respetable puede ser ofertada por esta restricción del problema?

3. ¿OTROS VALORES Y RAZONES SON EXCLUIDOS?

Supongamos que los científicos políticos comparativos empíricos volvieron de sus investigaciones de campo con bastante evidencia clara de que la revisión judicial tiene en general muy buenas consecuencias, que, siendo iguales a los demás factores, un sistema político (o un tipo específico de un sistema político) con revisión judicial lo hará mucho mejor que un más puro mayoritarismo en términos de protección de derechos, o cualquier otra cosa que sea de valor. ¿Estamos facultados a tomar eso como una razón –*alguna* razón *prima facie*, al menos– para apoyar la revisión judicial?

En su más reciente tratamiento de esta cuestión⁷, Waldron parece responder positivamente, y apuesta sobre el futuro de la ciencia política que esto no sucederá. Pero en *Derecho y desacuerdo* Waldron se compromete a sí mismo, si lo he entendido correctamente, a un punto de vista mucho más fuertes que esos hipotéticos hallazgos no serán normativamente relevantes a todos. Esto es así, dice Waldron, porque nunca vamos a ser

⁵ Waldron, *supra* note 1, p. 268, 271 & 277.

⁶ Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 Yale L. J. 1346 (2006).

⁷ Id.

capaces de llegar a un acuerdo sobre la lista de valores (quizás la protección de los derechos, quizás otros valores) en la lista de los científicos políticos⁸, y porque, - como consecuencia - de las razones por las que apoyar un procedimiento de decisión mayoritaria son razones de *exclusión*; no deben ser equilibrados contra las razones controversiales de primer orden en el debate, porque están en otro plano normativo. Son razones de segundo orden, excluyendo totalmente las de primer orden.

Esta argumentación me parece poco prometedora, y su conclusión absolutamente inverosímil. El argumento de la supuesta condición excluyente de los fundamentos de una decisión mayoritaria, el procedimiento –de la controvertida situación de los valores que se suponen que están equilibrados contra– me parecen estar basadas en una discutible suposición acerca de la relación entre el consenso y la legitimidad⁹. Como esta hipótesis se examinará a continuación, déjenme ponerla a un lado por ahora. Pero pensemos de nuevo en la conclusión de Waldron: ¿De verdad Waldron cree que no hay buenos (aunque controvertidos) efectos que podrían repercutir en favor de la revisión judicial, o en cualquier otra desviación de los procedimientos de toma de decisiones mayoritarias? Es difícil resistirse a la tentación de dar ejemplos: ¿Imaginemos que la revisión judicial es de alguna manera –en una jurisdicción determinada, en un momento determinado– la única manera de prevenir un genocidio (algunos piensan que sería deseable¹⁰), esto no podría

⁸ “No hay forma neutral de decir exactamente qué se supone que es competir con mayoritarismo participativo...”. Waldron, *supra* note 1, at 249.

⁹ Christiano también critica a Waldron por la falta de apoyo a la fuerte afirmación de que otras razones son excluidas, pero él no considera en este contexto el argumento que yo le atribuyo a Waldron. Véase Christiano, *supra* note 4, at 524-25.

¹⁰ Por supuesto, quizás ninguna persona razonable puede pensar esto. Por lo tanto, si una restricción razonable puede ser respetable, el ejemplo en el

justificar por sí solo la revisión judicial? Si muchos siguen el punto de vista de Walrdon (en *Derecho y desacuerdo*, al menos), esto me parece una clara *reductio*¹¹.

Pero quizás todo esto ya no es relevante. Quizás, en otras palabras, Waldron ya no cree (si es que alguna vez lo hizo) que otros valores y razones sean excluidas por consideraciones normativas basadas en procedimientos mayoritarios de toma de decisiones. Nuevamente, entonces, pido una aclaración. ¿Es ahora la opinión oficial de Waldron que estamos facultados de balancear la pérdida de participación contra otras cosas que son de valor, incluso si son tan polémicas?, o ¿Waldron juega el juego del equilibrio, simplemente para complacerse – por el bien del argumento– de los partidarios de la revisión judicial?

texto no lo será. Pero similares –aunque menos extravagantes– ejemplos pueden construirse donde este problema no se plantea. Y Waldron qué tiene que decir sobre la esclavitud, *supra* nota 1, en 188-208, da lugar a la sospecha de que él está dispuesto a tomar el toro por las astas y ni siquiera tomar en consideración la calificación de razonabilidad.

¹¹ Véase también a Christiano, *supra* nota 4, 530. Y obsérvese que el punto del texto es más modesto –y por lo tanto más robusto– que el punto destacado por Kavanagh: Kavanagh argumenta (muy convincente, creo) que el peso normativo del derecho a la participación no siempre prevalecen sobre otras consideraciones. Yo afirmo simplemente que algunas otras consideraciones –incluso si se invalidan– no carecen de peso normativo. La negación de esta afirmación es a lo que Waldron parece estar comprometido. Aileen Kavanagh, *Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron*, 22 L. & Phil. 451 (2003). A veces, Waldron parece dar a entender que, a menos que otras razones y valores están excluidas, no hay ningún punto en el procedimiento de decisión mayoritaria. *Supra* nota 1, en 232-254. Pero esto es falso. Que el procedimiento mayoritario ha arrojado una decisión determinada puede dar motivo para aplicarla, y eso puede interactuar con otras, no excluyentes, maneras con las otras razones relevantes y valores. Es posible, por ejemplo, que estas razones no sean equilibradas contra otras, sino que son tan fuertes que raramente superan a otras consideraciones.

4. ¿EXISTE UNA TENSION INTERNA EN LA JUSTIFICACIÓN DE DERECHOS - BASE DE LA REVISIÓN JUDICIAL?

Waldron piensa que existe una tensión interna en las justificaciones de derechos - base de la revisión judicial¹². La idea de los derechos –o al menos las más comunes defensas de esta idea– presupone que las personas son razonables, poco confiables, tienen un sentido de la justicia y al menos algunas veces actúan sobre ella, y generalmente no son extremadamente estúpidas, incompetentes o moralmente corruptas. Pero las justificaciones de revisión judicial están fundadas en una profunda desconfianza dirigida a la gente común. Y estos dos, como dice Waldron, no se sienten bien juntos.

No estoy convencido, y me ayudará a contrastarlo con dos más famosas citas. La primera es de Immanuel Kant: “dos cosas colman el ánimo con una admiración y una veneración siempre renovadas y crecientes, cuanto más frecuente y continuadamente se reflexiona sobre ellas: *los cielos estrellados sobre mí y la ley moral dentro de mí*”¹³.

Y en caso de que usted se preocupe solo de la ley moral dentro de él que Kant reverencia, considere también:

Hubo un tiempo cuando yo pensaba que esto [la sed de conocimiento y la satisfacción de avanzar] solo podría constituir el honor de la humanidad, y me aborrecieron el hombre común que no sabe nada. Rousseau a mi derecha. Esta pretendida superioridad se desvaneció y aprendí a respetar a la humanidad. Yo me considero mucho más inútil que el trabajador común si yo

¹² Véase, e.g., *id.* p. 222.

¹³ Immanuel Kant, *Critique of Practical Reason*, 133 (Mary Gregor trans. & ed., Cambridge University Press 1997) [5:161 en la *Akademie* edition].

no creo que una sola consideración da valor a todos los demás, es decir, establecer los derechos del hombre¹⁴.

Para comparar esto con la siguiente cita que viene (creo) de Albert Einstein: “Hay dos cosas que son infinitas: el universo y la estupidez humana”¹⁵.

Permítanme, en primer lugar tener en cuenta que si tengo que elegir, elijo a Einstein. Observo - como Harel hace en su comentario - que, a pesar del tono de Waldron¹⁶, es casi un hecho, no un carácter normativo, la cuestión de si las personas son estúpidas, irresponsables, débiles, moralmente corruptas, y así sucesivamente (a partir de ahora voy a usar “estúpido” para presentar todos los posibles defectos relevantes). Me parece que las consideraciones epistémica, no morales, son las que uno debe decidir si eso es lo que creo. (Si la evidencia apunta a la conclusión de que la mayoría de la gente es muy estúpida, ¿la moralidad en general o la obligación de tratar a las personas con respeto, en particular, exige que no creamos que nuestra evidencia respalda o, de hecho, que creemos lo contrario?¹⁷) y me parece -como aparentemente a Einstein- que la evidencia apunta más bien de manera concluyente en el sentido pesimista.

¹⁴ *Kant's Collected Writings*, Akademie edition, 20:44.

¹⁵ No pude encontrar la fuente, pero este y similares refranes son comúnmente atribuidos a Albert Einstein. Entre las variaciones de este presupuesto, que se puede encontrar en la web es la siguiente: “Solo hay dos cosas que son infinitas: el universo y la estupidez humana, y no estoy seguro sobre el universo”. Disponible en <http://rescomp.stanford.edu/~cheshire/EinsteinQuotes.html> (última visita October 5, 2006).

¹⁶ Véase, e.g., Waldron, *supra* nota 1, at 252.

¹⁷ “Respetar personas como agentes racionales auto-dirigidos no requiere desistir de seguir creencias verdaderas que aquellas personas disputan. La sugerencia de que tiene esta implicación confunde el respeto a las personas, porque tienen poderes racionales, con respeto a sus opiniones en la actualidad”. Raz, *supra* nota 2, p. 43.

Pero, en segundo lugar, y quizá más importante, Kant y Einstein no necesitan estar en desacuerdo. De hecho, la única plausible lectura de Kant es el respeto por la humanidad, creo que es perfectamente coherente con la triste observación de Einstein. Esta es la razón por la que hay un esfuerzo moral - y no sensiblería epistemológica - detrás del respeto de Kant por la humanidad. Nos merecemos respeto de este tipo -si de hecho lo tenemos- porque somos lo que somos, y quizás aún más porque de lo que, a lo mejor, podemos convertirnos- ciudadanos del Reino del Fin, para utilizar una metáfora común. Pero todo esto es perfectamente coherente con nuestro ser estúpido, moralmente corrupto, casi obligado a actuar incorrecta e imprudentemente, y quizá más importantemente - peligroso para nosotros y para los demás. Debemos creer que lo que somos depende de nuestras evidencias, no de nuestra fuerza moral. Y la belleza de la opinión kantiana es que no es amenazada por esas evidencias. Porque no hay ninguna contradicción -ni siquiera la tensión- afirmando que nosotros -el pueblo- somos dignos de respeto kantiano, porque de lo mejor que podemos ser, y que debemos ser desconfiado porque de lo que -la evidencia muestra- somos muy propensos a hacer.

Lo mismo ocurre, creo, para derechos (y es una generalización, en cierta medida, de uno de los puntos hechos por Harel en su comentario). Quizás tenemos derechos porque lo mejor que podemos ser, o de alguna otra manera debido a nuestro estatus moral. Esto es coherente con nuestro ser peligroso, y teniendo medios colectivos para disminuir los peligros de los derechos de los portadores que son susceptibles de lograr¹⁸. Usted puede

¹⁸ Véase también Kavanagh, *supra* nota 11, 476. También estoy de acuerdo con Waldron, *supra* nota 1, 223, de que es lógicamente posible sugerir una defensa de derechos que depende de negar la observación de Einstein. Tan solo creo que esa defensa no es en absoluto plausible, tampoco creo que nada como una defensa es históricamente influyente.

diferir. Puede pensar que hay un umbral de estupidez (etc.) de tal manera que si muchas personas son lo suficientemente estúpidas, ya no tiene sentido afirmar que las personas tienen derechos. Tal vez. Incluso, entonces, parece probable que a lo largo de continuum de estupidez, la peligrosidad comenzará mucho antes de que los derechos alcancen el umbral. Y me parece que esto es suficiente para demostrar que la tensión interna que Waldron atribuye a las defensas basadas en derechos de la revisión judicial no existe realmente.

5. EL DILEMA FUNDAMENTAL

Uno de los temas centrales del libro es que el desacuerdo socava la legitimidad. Más precisamente, la idea parece ser que la verdad de una controvertida afirmación normativa no es suficiente ni necesaria para la legitimidad de actuar políticamente. Para la legitimidad es necesario algo más de un acuerdo, o quizá algunas credenciales de procedimiento (voy a volver a la relación entre el acuerdo y el procedimiento en un minuto).

Antes de proceder a rechazar esta tesis general, me pregunto sobre su alcance. Porque no me parece que haya una razón para distinguir entre verdades normativas y verdades controvertidas. Si la verdad no es necesaria ni suficiente para la legitimidad en el caso de verdades normativas, parece que la verdad no debe ser ni necesaria ni suficiente para la legitimidad en el caso de *toda* verdad. En otras palabras, si Waldron habla acerca de las creencias morales controvertidas debería aplicar, en la medida de lo que veo, también creencias controvertidas, es decir, las creencias acerca de los orígenes del universo¹⁹. ¿Está Waldron dispuesto

¹⁹ Un punto paralelo pertinente para el debate de la neutralidad estatal. Si controversialmente tiene un rol que desempeñar en la justificación de la neutralidad estatal, entonces el alcance de la neutralidad no puede limitarse

a generalizar sus afirmaciones en este sentido? Si no, ¿puede motivar la distinción entre la legitimidad de actuar con la verdad en controversiales creencias no – morales y la ilegitimidad de actuar con la verdad pero en controversiales creencias morales ?²⁰

Waldron considera, por supuesto, que sus argumentos son sólidos y que sus conclusiones son verdaderas. Y dado el contenido de sus conclusiones, él piensa que la acción política debe basarse en ellos (por ejemplo, en la abolición o la incapacidad para crear un mecanismo de revisión judicial). Pero como está claro en esta etapa de discusión, la propias conclusiones de Waldron

a las concepciones del bien, para algunas reivindicaciones puramente fácticas son muy controversiales. Sorprendentemente, la mayoría de los debates sobre la neutralidad - o al menos la mayoría de los debates sobre la neutralidad de aquellos favorablemente dispuestos hacia ella - ignoran este punto. Ver *e.g.*, Charles E. Larmore, *Patterns of Moral Complexity*, 40- 68 (1987).

²⁰ En el fondo, aquí está la persistente sospecha de que, a pesar de sus protestas, la tesis de Waldron sobre la revisión judicial no dependen de algunas (controvertidas, por supuesto) tesis metaéticas. Si uno es realista acerca de tales hechos como el origen del universo, y no realista acerca de la moralidad, uno puede querer hacer la distinción en el texto en términos de este realismo y su negación. Y a veces Waldron suena como un antirealista (“mientras los valores objetivos dejan de revelar a nosotros mismos, en nuestra conciencia o desde los cielos, en formas que no dejan margen para un mayor desacuerdo acerca de su carácter, todo los que tenemos en la tierra son opiniones o creencias acerca del valor objetivo”. Waldron, *supra* nota 1, 111 n. 62) O al menos como un escéptico, lo que implica que en la ausencia de una historia epistemológica qua puede distinguir entre nuestra fiabilidad y de la otra parte a un desacuerdo moral, no se puede sostener con razón nuestro (controvertido) juicio moral (esta es la única manera en que puedo darle sentido al hecho de que Waldron esté obviamente impresionado con la simetría del problema que surge cuando las partes en una controversia se basan en lo que consideran como verdad. Ver *e.g.*, Waldron, *id.* 3). Pero más allá de la opinión oficial de afirmaciones sobre la independencia metaética, el reto permanece en el texto. Yo creo que queda mucho por decir sobre la relación entre metaética y filosofía política en general, y en la filosofía política de Waldron en particular. Espero abordar estas cuestiones en otra ocasión.

son ciertamente controvertidas. Y Waldron también piensa que la verdad de afirmaciones controvertidas no puede fundamentar la legitimidad de la acción política basada en ellos. Así Waldron está peligrosamente coqueteando con la auto-derrota.

El camino para ver esto, creo yo, es pensar en el siguiente dilema: o bien el desacuerdo socava la legitimidad, o bien no lo hace. Si lo hace, entonces dada la naturaleza controvertida de la propias conclusiones de Waldron acerca de cómo acomodar el desacuerdo, asumir la verdad de sus conclusiones no pueden hacer políticamente legítimo actuar sobre ellos. Si, por otra parte, el desacuerdo no socava la legitimidad, entonces, gran parte de la argumentación en el libro se derrumba. De cualquier manera, parece que Waldron está en problemas.

Un punto similar ha sido hecho por un número de comentaristas²¹. En su más reciente artículo “The Core of the Case against Judicial Review” Waldron se dirige brevemente a esta preocupación, pero no creo que de manera satisfactoria. Esto es así en parte porque Waldron no expone el problema en su forma más fuerte. Waldron pone el problema en términos de la observación de que todo –incluido los procedimientos– está sujeto a desacuerdo, vamos a tener que decidir sobre algo, entonces, por qué no decidir sobre cuestiones sustantivas y terminar con el asunto. A esto Waldron replica, si lo he entendido correctamente, que no podemos evitar decidir sobre procedimientos y, por tanto, deberíamos hacer lo mejor que podamos. Pero esto no ayuda con el dilema tal como lo planteo. Si en el caso de que los procedimientos de la verdad de una afirmación normativa controvertida pueda conferir legitimidad, ya no puede ser cierto que el desacuerdo socava la legitimidad. La mayoría de lo que Waldron puede decir ahora es que el desacuerdo cuenta más

²¹ Raz, *supra* nota 2, 44-47; Christiano, *supra* not 4, 520-543; Kavanagh, *supra* nota 11, 467-68 y referencias allí.

fuertemente en contra de la legitimidad. Tal vez, pero entonces ya no es claro que esta consideración es siempre triunfante cuando se trata de cuestiones sustantivas, y que otras consideraciones siempre superan a ella cuando los procedimientos están en juego. La urgencia de la adopción de decisiones sobre cuestiones de procedimiento no es, después de todo, siempre superado por la urgencia de las consideraciones sustantivas. E incluso si la necesidad de llegar a una decisión sobre cuestiones de procedimiento es más acuciante, es muy difícil ver cómo un procedimiento no puede justificarse sobre la base de algunos principios sustantivos²². El problema, me parece, sigue siendo tan grave como siempre.

Por supuesto, hay algo molesto acerca de este desafío. Parece que lo único correcto que Waldron puede decir en réplica a algo como: “¡Oh, acaban de señalar el hecho de que mis conclusiones son controvertidas. Me demuestran que están equivocados! He entregado argumentos a favor de mis conclusiones. ¡Empléenlos!” Esta respuesta me parece correcta. Pero Waldron no puede proporcionar consistentemente esto, porque si él puede, así como podemos sobre cuestiones sustantivas donde Waldron quiere excluir a la verdad como los fundamentos de la legitimidad: “¡Oh, no solo apuntan al hecho de que se requiere acción afirmativa e incluso permiten como una cuestión de justicia sea controvertida. Me demuestran que mi afirmación está mal!, ¡He entregado argumentos a favor de mi conclusión! ¡Empléelos!”. No veo cómo esa respuesta puede diferenciar entre asuntos sustantivos y de procedimiento y, por tanto, no veo cómo puede salvar a Waldron.

²² Waldron señala acertadamente que cualquier procedimiento no mayoritario será sustancia plegable en el procedimiento. Waldron, *supra* nota 1, 116. Solo quiero añadir que también lo hace cualquier procedimiento de decisión mayoritaria.

Pero creo que lo que Waldron hace es tener una forma de salir del dilema. Él debe volver a confiar en la distinción entre verdad y legitimidad, tan central en su pensamiento. Waldron debería decir que mis argumentos son música para sus oídos y que sus conclusiones son verdaderas. Pero eso no significa que la acción política basada en ellas sea legítima (al menos no sin cierta legitimidad procesal). Y que sean controversiales muestra que –en peligro de auto-derrota– su verdad no asegure su legitimidad, sino muestra que no son verdaderos.

Esta me parece una posición perfectamente estable²³, y a veces Waldron coquetea con ella²⁴. Pero ciertamente no es una posición que *le* debe hacer feliz. En la primera página del libro Waldron critica –casi ridiculiza– a filósofos políticos simplemente por haber participado en el desacuerdo, ofreciendo contradictorios asesoramientos “expertos” a las legislaturas y los electores, en

²³ Raz, *supra* nota 2 y Christiano, *supra* nota 4, no se percatan de la existencia de esta réplica.

²⁴ Esta es la forma en que entiendo el debate de Waldron, *supra* nota 1, 282-312: porque la legitimidad de sus conclusiones no se derivan de su verdad, sino de sus credenciales procedimentales él tiene que discutir el carácter circular de depender de un procedimiento de decisión para decidir las cuestiones relativas a la justificación de que el procedimiento de toma de decisiones y a argumentar que no equivale a una circularidad viciosa. Su razón es, creo yo, que no pueden ser consideraciones pragmáticas fuertes favoreciendo mediante cualquier procedimiento de decisión que nos encontramos con el fin de reformar nuestra decisión procedimental (en lugar de, por ejemplo, lograr una verdadera revolución constitucional). Esto puede muy bien ser así, pero no lo es, creo, para resolver el problema, porque ahora la justificación de permanecer fiel a un procedimiento de decisión mayoritario ha experimentado profundos cambios: ya no está basada en la participación, el derecho de los derechos. Es, más bien, de carácter pragmático, y se aplica únicamente a aquellas sociedades en las que el procedimiento que nos encontremos ya es mayoritario. Si no me equivoco, entonces, Waldron, permanece sin un profundo fundamento filosófico para la legitimidad (en lugar de la verdad) de sus conclusiones. Véase, Kavanagh, *supra* nota 11, 469.

lugar de mirar el desacuerdo desde arriba, sugiriendo cómo debe ser tenida en cuenta²⁵. Pero si la única manera de salir del dilema es primordial para Waldron es reclamar la verdad pero no la legitimidad de su teoría, Waldron se encuentra de nuevo en la posición del filósofo político tradicional, la posición que a él le gusta ridiculizar: de la verdad moral²⁶, por lo tanto, como dice Waldron, no importa, al menos mientras no tengamos una epistemología moral indiscutible. Por sus propios estándares, entonces, para la verdad de sus afirmaciones no importa su legitimidad. La teoría de Waldron es tan prácticamente irrelevante, como lo son las numerosas opiniones que él critica. Él termina dando asesoramiento experto a las legislaturas; la única diferencia entre él y los filósofos políticos que ridiculiza es que su asesoramiento experto es de segundo orden o de cuestiones de procedimiento. No veo por qué esto es una diferencia que haga una diferencia.

Por supuesto, *yo* no creo que esto sea un problema, porque yo no espero que los filósofos políticos trasciendan el primer –orden, afirmaciones normativas controversiales (y otras)²⁷. Pero Waldron no debería estar contento con este resultado.

²⁵ Que ese no es el papel que él quiere para sí mismo es también evidente cuando Waldron dice que las reivindicaciones de justicia anulan la equidad solo puede hacerse en el contexto de la “política puramente personal, una creencia tendenciosa que debe ser superada cuando uno tiene la perspectiva de la sociedad como un todo (*la perspectiva que tomamos como juristas o filósofos políticos*)”. Waldron, *supra* nota 1, 199-200 (el énfasis es mío).

²⁶ Y, por supuesto, los legisladores que a menudo están impresionados por el rigor del asesoramiento de expertos en direcciones contradictorias, id. en 21-48, van a ser tan impresionados con el rigor del propio asesoramiento experto de Waldron y con el rigor del asesoramiento de expertas tesis contradictorias de Waldron.

²⁷ Así pues, me muestro totalmente de acuerdo con Raz, *supra* nota 2, 47, que debemos abandonar “el intento de ocupar un elevado fundamento no controvertido”.

6. TOMANDO REALMENTE EN SERIO EL DESACUERDO

Hay otras posibles respuestas al dilema. A veces, Waldron parece comprometido con la opinión de que nosotros *ya estamos de acuerdo* con el mayoritarismo, al menos en un esbozo; que, en otras palabras, aquí no hay desacuerdo²⁸. De hecho, a veces Waldron sugiere que esto es necesario si un estado pacífico se mantiene para todos. Aquí hay una sugerente cita:

Imaginar la deliberación política (o cualquier forma de política pacífica) es posible imaginar que la gente puede ponerse de acuerdo sobre algunas de estas cuestiones de procedimiento, aunque discrepen en cuanto al fondo de las cuestiones que los procedimientos son, por así decirlo, diseñados para casa. Esto es imaginar, en otras palabras, que las cuestiones de procedimiento y las cuestiones sustantivas son en cierto sentido separable²⁹.

Es aquí, sugiero, que Waldron falla al interiorizar su propia lección sobre la ubicuidad del desacuerdo.

Me parece que ese acuerdo no puede ser encontrado. Resumamos lo sustantivo, las cuestiones controvertidas, y usted no tendrá nada sobre lo que construir una justificación de procedimiento alguno. Muchos están de acuerdo con un esquema

²⁸ Christiano también observa que una manera de salir de (lo que yo llamo) el principal dilema es irrealistamente asumir un consenso sobre un principio que justifique un determinado procedimiento de decisión. Ver Christiano, *supra* 4, 523.

²⁹ Waldron, *supra* nota 1, p. 160. En *The Core of the Case against Judicial Review* de nuevo es evidente que Waldron cree en un profundo consenso cuando dice cosas como: “Supongo que este compromiso [una creencia en derecho] es un consenso viviente...” Waldron, *supra* nota 6, 1365: “[la gente en ambos lados de la cuestión] necesita compartir una teoría de la legitimidad de la decisión del procedimiento que resuelvan sus desacuerdos [de derechos]”. *Ibid.*, 1371; “debemos pensar acerca de las razones que pueden ser suscritas por personas a ambos lados de cualquiera de estos desacuerdos”. *Id.*

mayoritario de una decisión - procedimiento, pero muchos no lo están (y, aunque no pienso en ello, muchos *razonablemente* no). Y, sin embargo, de alguna manera –milagrosamente– razonablemente existe una sociedad pacífica.

Hay un problema más grande aquí. Si le he entendido correctamente, Waldron permanece aferrado a un tradicional pensamiento liberal –quizás *el* tradicional pensamiento liberal– para que un gobierno sea legítimo tiene que ser justificado en principio en cada uno de sus aspectos, tiene que ser un gobierno que pueda promover los intereses de *cada* sujeto, o basarse en el consentimiento de *cada* sujeto, o quizás sean tales que *cada* sujeto habría consentido en que ella ha sido en las circunstancias adecuadas, o algo por el estilo. La legitimidad debe basarse, según esta idea liberal tradicional, en el consenso de un tipo u otro. Y, a veces, al menos Waldron también parece pensar que esto es así. Esto, me parece a mí, es la única manera de entender frases como “no hay medio neutral de indicar qué es exactamente lo que se supone que compite con el mayoritarismo participativo...”³⁰ – ¿por qué importa si existe o no existe tal manera *neutral* a menos que uno piense que la legitimidad requiere consensos?³¹

³⁰ Waldron, *supra* nota 1, 249.

³¹ Véase también *id.* 198. Se nota también la ambigüedad de “arreglar” cuando Waldron afirma, como lo hace a menudo, que el procedimiento debe ser realmente resolver el problema y no ser el punto de partida de otra polémica (véase, por ejemplo, *ibid.*, 245, “...una teoría sustantiva de los derechos no es en sí la teoría de la autoridad que se necesita frente al desacuerdo acerca de los derechos. Una respuesta adecuada a la cuestión de la autoridad debe resolver realmente el problema”). Al requerir que el procedimiento zanje la cuestión, uno puede entender, en primer lugar, que el procedimiento debe concluir en una decisión política (legítima) o la acción. En este sentido, es cierto que queremos un procedimiento de decisión para resolver el problema. Pero a veces parece que lo que Waldron entiende es que el procedimiento de decisión debería resolver la cuestión de la satisfacción de todas las partes involucradas, de manera que todo el mundo pueda estar de acuerdo al menos sobre la legitimidad de la

Pero el consenso no existe o es probable que exista en una sociedad razonablemente libre. También aquí, en otras palabras, el desacuerdo se va camino abajo. Así que deberíamos celebrar la exigencia del consenso tradicional y concluir que ningún gobierno es legítimo, o –y esta es la manera en la que me gustaría ir– debemos abandonar la exigencia del consenso tradicional, y conformarnos con un mucho más realista tipo de legitimidad³².

Poniendo la legitimidad a un lado ahora, ¿cómo frente a tal desacuerdo omnipresente es posible un gobierno pacífico? Bueno, en la manera actual. Hemos llegado a un acuerdo acerca de la sustancia entre algunas personas, pero no todas. Igualmente, para los procedimientos de decisión. Algunas personas son fácilmente manipulables, y algunos otros son rápidos para aprovechar las posibilidades que crean. Algunas personas creen realmente que los Padres Fundadores disfrutaban como Dios (y quizás también dada por Dios) de sabiduría, y que es de este contexto donde proviene la legitimidad. Algunos creen en un misterioso y santo Estado de derecho, sin ver que en la ley puede ser donde la justificación moral llega a su fin. Algunas personas prestan atención principalmente sobre sí mismos, y tratan de no tener problemas con el Gran Hermano. Y, por supuesto, no es como si las amenazas del uso de la fuerza –y cuando ellos fallan, el uso efectivo de la fuerza– están fuera de la imagen por completo. En otras palabras, la manera en que tratamos con el desacuerdo –y hasta cierto punto, sugiero, también la manera en que debemos afrontar el desacuerdo– es haciendo política: no ideal, desordenada, aproximadamente democrática, no remotamente igualitaria, sino hacer cada día política.

decisión. Esto me parece como un requerimiento imposible. Al pasar del primer al segundo sentido de “solucionar” puede muy bien ser el resultado de una hipótesis implícita del tipo mencionado en el texto, es decir, que el consenso es necesario para la legitimidad.

³² Véase Raz, *supra* nota 2, 33.

Quizá hubiera sido mejor si todos pudiéramos ser amigos, estar de acuerdo sobre cuestiones sustantivas, o al menos asuntos de legitimidad y procedimiento. Quizás, en otras palabras, no debemos amar el hecho de que el consenso no existe o es muy probable que nunca surja. Pero si el desacuerdo es para ser tomado en serio –*realmente* en serio– es un hecho que nosotros, los ciudadanos, así como los filósofos políticos, vamos a tener que aprender a vivir con él.

UNA NUEVA CONCEPCIÓN
INTERPRETIVISTA DEL ESTADO
DE DERECHO*

Dimitrios Kyritsis

1. UNA CONCEPCIÓN CENTRADA EN LA LEGALIDAD DESDE LOS TRIBUNALES

Los interpretivistas mantienen la opinión de que los derechos y deberes jurídicos, el contenido del derecho, está determinado por los principios de la moralidad política que explican y justifican mejor las decisiones políticas pasadas. Según la versión de Ronald Dworkin sobre el interpretivismo el rol de los principios morales es famoso por la licencia del uso de la coerción del Estado. Dworkin sostiene que alguien tiene el deber jurídico de pagar £ 50, cincuenta libras esterlinas si las decisiones políticas que proporcionen un orden moral para el Estado garantizan el cumplimiento de ese deber.

Desde este punto de vista, una comunidad política que solo utiliza su fuerza coercitiva de este modo limitado se adhiere al Estado de derecho¹. Para Dworkin el valor del Estado de derecho –o legalidad como Dworkin también lo llama– es la virtud distintiva que ejemplifica la ley cuando va bien. Por lo tanto, poner la práctica jurídica a la luz de la moral, como el método interpretativo exige, es interpretar a la luz de la legalidad. Una característica crucial de este valor es que conecta nuestros derechos y deberes jurídicos con las decisiones políticas pasadas. Esta característica suaviza el contraste entre el estado de derecho y el imperio de los hombres, que yace en el corazón de nuestra comprensión del

¹ *Este artículo ha sido publicado en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 10, enero – diciembre 2016, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ronald Dworkin, *Justice in Robes* (Harvard University Press 2006) 169.

significado ordinario de la legalidad. Actuar conforme el derecho es actuar de conformidad con las decisiones políticas pasadas. Para los interpretivistas, esto sucede cuando nuestros derechos y deberes jurídicos son determinados por los principios de la moralidad política que mejor explican y justifican las decisiones políticas pasadas. Por lo tanto, tenemos nuestros derechos y deberes jurídicos determinados de esta manera regidos por la ley.

Ahora bien, podría decirse que el uso de la fuerza coercitiva del Estado está controlado por los tribunales. Como Dworkin señala en *Justicia para erizos*, ellos son los órganos que “dirigen el poder ejecutivo del sheriff o la policía”². Y por lo tanto parece natural concebir de legalidad como una virtud que se aplica típicamente a decisiones judiciales frente a otros tipos de decisiones políticas. De hecho, Dworkin sostiene que los derechos y deberes que conforman el contenido del derecho son aquellos que son jurídicamente exigibles en la demanda.

En este ensayo, no discuto el marco general del interpretivismo. Solo discrepo de la concepción centrada en los tribunales de Dworkin. Para ello analizo la relación entre los tribunales y otras ramas políticas, especialmente la legislativa. Yo sostengo que, cuando la ley va bien, esta relación crea un valor que es fundamental para mantener el Estado de Derecho. Contrariamente a Dworkin, sostengo que este valor relega la ejecutoriedad judicial a un papel secundario en nuestro pensamiento acerca del derecho. Asumiendo la solidez del marco interpretivista, el argumento de este artículo tiene el carácter de una riña familiar. Aún así, como lo indicaré en la sección final, proporciona una manera de responder a algunas de las objeciones formuladas en contra de sus oponentes positivistas.

² Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (Harvard University Press 2011) 406.

2. LA INTEGRIDAD Y SUS DISGUSTOS

Permítaseme empezar por dar un vistazo a la comprensión de Dworkin sobre los fundamentos de la exigibilidad jurídica de los derechos y deberes. Son, afirma, una especie de derechos y deberes políticos. Tenemos otros derechos y deberes políticos. Tenemos aquellos que son el trabajo de las instituciones del Estado distinto a los tribunales. Por ejemplo, puede que sea cierto que, de acuerdo con la mejor teoría de la justicia política, tenemos un derecho a un ingreso mínimo. Sin embargo, presumiblemente la demanda de un ingreso mínimo se aborda adecuadamente, por ejemplo, por la legislación. Cuando la legislación falla en introducir una renta mínima, no lo hace burlándose de la legalidad sino de otro valor político, quizás la justicia. Por supuesto, una vez que un nivel mínimo de ingresos ha sido legislado, entonces puede ser que tengamos derecho a ella, en el sentido de que podemos exigir a un tribunal para hacerlo cumplir. Pero hasta que esto suceda, el derecho a un ingreso mínimo sigue siendo, para usar la terminología de Larry Sager, judicialmente sub - exigible³.

Aquí está otro ejemplo: en muchos de los sistemas parlamentarios, el Jefe de Estado tiene el poder de disolver y convocar el Parlamento. Sin embargo, pensamos que este poder es ejercido correctamente solo si se cumplen ciertas condiciones. Por ejemplo, pensamos que el Jefe de Estado no puede utilizar este poder como un medio de promover su agenda partidista, por ejemplo, suprimiendo u obstruyendo a un Parlamento que es hostil⁴. En tal caso, es natural pensar que el Jefe de Estado está cometiendo un error político, digamos, porque eso es subvertir la democracia. Pero en la mayoría de los ordenamientos jurídicos

³ Larry Sager, *Justice in Plainclothes* (Yale University Press, 2006).

⁴ Para este tipo de casos véase Jeremy Waldron, 'Are Constitutional Norms Legal Norms?' (2006) 75 *Fordham Law Review*, 1697.

que conozco, no creemos que esta obligación pueda ser impuesta por un tribunal. Para Dworkin, esta característica de tales derechos las coloca fuera de la ley. Pero muchos abogados –incluidos algunos interpretivistas– ven en esto una vergüenza para la teoría. Por lo tanto, Mark Greenberg entiende esto como “una idea familiar que el Presidente y el Congreso pueden tener deberes jurídicos que los tribunales no deberían imponer”⁵.

¿Cómo explica Dworkin el rechazo de esa idea familiar y su enfoque sobre derechos y obligaciones jurídicamente exigibles? La idea parece ser que el derecho responde a un apremiante problema moral que recae sobre la legitimidad política del Estado. Este problema moral es distinto a los problemas de la moralidad política e institucional en el cual los otros derechos y deberes políticos que he mencionado son una respuesta apropiada. Para Dworkin, un régimen es legítimo cuando se dirige el poder ejecutivo del sheriff o la policía de acuerdo con una concepción unificada de la justicia política, porque ese régimen manifiesta la virtud de la integridad política. Dworkin ofrece la integridad como una elaboración del concepto de legalidad. La integridad da un contenido más concreto a los requisitos de legalidad que nuestros derechos y deberes jurídicos son sensibles a las decisiones políticas pasadas. Deberíamos analizar las decisiones políticas pasadas para aprender de ellas, la concepción de la justicia que se habían cometido en el pasado para continuar actuando de conformidad con lo dispuesto en el día de hoy. Al hacerlo, estamos sosteniendo un ideal de igual preocupación y respeto para todos los ciudadanos. Discutiblemente, la integridad así entendida explica por qué la adhesión a la legalidad da un orden moral para el ejercicio de la coerción del Estado. La idea parece ser que la integridad constituye un

⁵ Mark Greenberg, ‘The Moral Impact Theory of Law’ (2014) 123 Yale Law Journal 1288, 1300, n 28.

referente crucial para la legitimidad. Desde este punto de vista, una comunidad política que se inspira en este ideal igualitario se muestra a sí misma digna de la lealtad de sus ciudadanos porque extiende el mismo trato para todos, sin distinción arbitraria.

Dije anteriormente que para Dworkin un Estado que cumpla con la legalidad es legítimo, en la medida en que satisface la integridad. O, puesto de otra manera, la integridad explica las condiciones para el ejercicio legítimo de la coerción del Estado por parte de los tribunales en cuanto a la adhesión a la legalidad, es decir, decisiones políticas pasadas. Sin embargo, esta forma de entender el resultado de legalidad tiene un costo. Por un lado, los tribunales comprometidos con la legalidad deben encajar en el razonamiento moral para identificar los principios correctos que muestran nuestra historia política a su mejor luz y aplicarlas al caso. Esta característica del interpretivismo Dworkiniano ha dado lugar a una objeción persistente entre sus críticos, una objeción presentada recientemente por Scott Shapiro⁶. Shapiro dice que el interpretivismo nos encasilla en una epistemología judicial inviable. Tal vez, sostiene, podemos aceptar que cuando un caso excepcional viene antes que ellos, los jueces se verán obligados a deliberar moralmente. Pero ¿por qué debemos pensar que los jueces ordinarios tienen los conocimientos y la confianza para juzgar moralmente las cuestiones controvertidas como un asunto habitual? No es de extrañar, como señalan los críticos, que Dworkin tenga que idear a Hércules, un juez ideal equipado con el tiempo ilimitado y la habilidad que se necesitaría para examinar el conjunto de la historia institucional y articular los principios que la explican y justifican. Pero Hércules es una ficción. Nuestros jueces no son hercúleos.

⁶ Scott Shapiro, *Legality* (Harvard University Press 2011) 259-330.

Voy a volver a esta objeción una vez que haya expuesto mi alternativa a la concepción centrada en los tribunales de la legalidad propuesta por Dworkin. Pero primero quiero debatir un problema diferente que creo que Dworkin toma en cuenta. Este problema tiene que ver con el concepto de integridad. Una obvia razón para dudar que la integridad proporciona una concepción de la legalidad centrada en los tribunales es que Dworkin no piensa que la integridad solo rige las decisiones judiciales. De hecho, la integridad se aplica tanto a la legislación como a la adjudicación. Por supuesto, es dudoso que la integridad tenga influencia sobre el poder legislativo en primer lugar. La política democrática rutinariamente permite una nueva mayoría para promulgar políticas que están animadas por una plataforma política que puede ser muy diferente de la plataforma de la anterior mayoría, y que está lejos de ser obvio que la nueva mayoría esté bajo un deber de llevar a cabo sus políticas bajo el mismo esquema de principio, como las políticas de la anterior. Pero supongamos por un momento que la integridad legislativa tiene sentido. ¿Por qué entonces la integridad en la adjudicación es la marca de la legalidad? Si los interpretivistas utilizan el valor de integridad para delinear la legalidad y si la integridad rige las decisiones de ambos legisladores y jueces, ¿por qué no contamos entre nuestros derechos jurídicos los derechos políticos que son judicialmente sub - exigidos (siempre que fluyan desde la integridad legislativa)? Uno podría decir que cuando la legislatura desprecia la integridad sería curioso pensar que ha cometido un error jurídico, mientras que una decisión judicial que viola la integridad judicial, podría ser revocada en apelación. Pero, por supuesto, no es una respuesta adecuada. Queremos saber qué hace que algo sea un error jurídico y pensamos que la integridad es nuestro estándar. Ahora bien, resulta que debe haber una idea diferente en el trabajo que distinga el aspecto relevante de la integridad de la legalidad y cuál no.

Además, como he dicho hace un momento, hay algunos errores de la integridad legislativa que siguen en pie, jurídicamente hablando, en el sentido de que ellos no cuentan como errores jurídicos. Por ejemplo, mientras el Parlamento en *t1* decidió hacer a los fabricantes de coches responsable de un cierto tipo de daños, en *t2* –quizás después de una elección que instaló una nueva mayoría en el Parlamento– decidió excluir de responsabilidad a otra categoría de fabricantes por daños similares, a pesar de que la integridad legislativa condena esta exclusión. Ahora bien, si los tribunales tienen un motivo permanente para aplicar las decisiones legislativas, entonces estas fallas terminan contaminando la integridad adjudicativa. Se puede decir que en *t2* la historia institucional ha cambiado y como resultado de este cambio de integridad judicial ahora requiere algo diferente de lo que hacía antes de la segunda decisión. Por supuesto, se presupone que existe un plan alternativo de principio que justifica la diferencia de trato entre los dos tipos de fabricante, y uno puede ser excusado de dudar que esto será siempre el caso⁷. Aparte de esto, cabe recordar que nuestra tarea no es únicamente para ir hacia arriba con una idea relativamente coherente de integridad en la resolución, sino para equipar una obligación moral base de legitimidad política. Sin embargo, no está claro por qué tan ligero valor ficticio encajaría en un proyecto de ley.

3. LA DIMENSIÓN SISTÉMICA DE LA LEGITIMIDAD

¿Qué ha salido mal? Quiero argumentar que el problema radica en el hecho de que Dworkin pasa por alto un aspecto crucial del problema de legitimidad política. Él piensa que la legitimidad

⁷ Uno de esos escépticos es Jeremy Waldron. Véase Jeremy Waldron, 'Did Dworkin Ever Answer the Critics?' en Scott Hershovitz (ed), *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin* (Oxford University Press 2006) 155.

política es una cosa menor, una cuestión de derecho que usted y yo podemos reclamar ante los tribunales. Pero la legitimidad política tiene también una dimensión sistémica. Es importante que el régimen tenga legitimación y garantice que con el poder confiado no se abuse de las instituciones del Estado. Tales garantías están pensadas para dar garantías de que las instituciones del Estado actuarán con justicia. Sin esas garantías aumentamos la probabilidad y el atractivo de la defección. Tales garantías también fortalecen nuestra disposición para cumplir con la ley, aun cuando no es totalmente justa⁸. Dadas esas garantías, no es irrazonable para mí creer que las cosas van a ser diferente la próxima vez.

Muchas de estas garantías están debidamente clasificadas bajo el concepto de la separación de poderes y se refieren a la relación entre los tribunales y otras instituciones del Estado, especialmente de las legislaturas. Creemos que parte de lo que se necesita para que esta relación vaya bien es que sea estructurado de conformidad con los preceptos de la separación de poderes. Mi comprensión de este concepto es ligeramente idiosincrático. Como voy a emplearla, la separación de poderes incluye un requisito de la división del trabajo y una exigencia de controles y equilibrios. Nos dice que los tribunales y otras instituciones del Estado deben trabajar juntos en un esfuerzo institucional conjunto, en el que se asignan tareas a aquellos con las credenciales correctas para llevarlas a cabo y donde las instituciones del Estado vigilan el rendimiento del otro.

La separación de poderes, como yo lo entiendo, es constitutiva de la legalidad, al menos en gran parte. En primer lugar,

⁸ Es uno de los principales deseos de las teorías de legitimidad para explicar por qué la legitimidad no requiere la plena justicia. Véase John Rawls, 'Legal Obligation and the Duty of Fair Play', en S. Freeman (ed), *Collected Papers* (Harvard University Press 1999) 117, 119 ff.

mantiene la legalidad del vínculo entre derechos y deberes jurídicos y decisiones políticas pasadas. En un esfuerzo institucional conjunto que cada participante podrá decidir en un momento dado depende de las contribuciones anteriores de los otros participantes. Esto es particularmente evidente en el caso de tribunales y legislaturas. Pensamos que los tribunales tienen un motivo permanente para atender a los actos y decisiones de la legislatura. Y además, conserva el vínculo entre la legalidad y la legitimidad. Como hemos visto, el aseguramiento de que la separación de poderes proporciona materia para la legitimidad, quizá no en un sentido comercial, sino en el sentido sistémico que acabo de explicar.

Sin embargo, la separación de poderes, rompe el vínculo entre la legalidad y la exigibilidad judicial. Muchos de los requisitos de la separación de poderes no necesitan ser judicialmente exigibles y, en algunos casos sería contraproducente si fuesen jurídicamente exigible. El deber de disolver y convocar el Parlamento presumiblemente cae en esta categoría. Pero sería un error pensar que lo que mi propuesta hace es exclusivamente para ampliar la extensión de derechos y obligaciones jurídicas. En esta imagen, la ejecución judicial también cambia. Ahora es visto también como contribución a la respuesta sistémica que la separación de poderes le suministra para el problema de la legitimidad política. Los tribunales están allí para hacer su parte en el esfuerzo institucional conjunto, que consiste en ayudar a los demás participantes en el ejercicio de su función. También puede implicar cortes teniendo una función supervisora.

Las prácticas de revisión constitucional de la legislación pueden entenderse en este sentido. Un interpretivista que fija la legitimidad en un ámbito marginal solo verá en tales prácticas que el tribunal se desvincula de una parte de la historia institucional que burla los principios que explican y justifican el resto del sistema

y, por lo tanto, reivindicar los derechos de los ciudadanos que se derivan de estos principios. Pero, si consideramos la dimensión de legitimidad sistémica importante, apreciaremos que las prácticas de examen constitucional también apuntan a mantener la salud general de los esfuerzos institucionales conjuntos. Pretenden reforzar su legitimidad, introduciendo un elemento de pesos y contrapesos. Por supuesto, una vez que ampliemos nuestra visión para abarcar otras instituciones que participan en este esfuerzo conjunto, vemos que los tribunales son solo una opción de diseño institucional con sus pros y sus contras. No es de extrañar entonces que algunos importantes derechos políticos no son jurídicamente exigibles. Es porque los tribunales no pueden ser particularmente buenos en aplicarlos. También puede ser debido a que no pueden comprobar cómo efectivamente otras instituciones del Estado hacen para protegerlos.

En *Justicia para erizos* Dworkin argumenta que esta manera de tallar el contenido de la ley está obligada a una comprensión del derecho positivista, porque supone que determinados estándares “encuentren las pruebas de la ley válidas”⁹, pero que “hay razones independientes de porqué los tribunales no deben tratar de hacerlas cumplir”¹⁰. En otras palabras, se asume que la pertenencia al derecho es una cuestión de hecho solo social, dicen que el hecho social que el texto constitucional incluya una disposición que regule la convocatoria y la disolución del Parlamento. Por lo tanto, es filosóficamente previa a la investigación moral en la justificación moral del poder coercitivo del Estado. Si, por el contrario, rechazamos el positivismo, “no parece haber ninguna base teórica sólida”¹¹ para ver que algo es parte del derecho pero no jurídicamente exigible. Esto es porque los principios de

⁹ Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (n 2) 413.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

moralidad política que rigen la división institucional del trabajo da una licencia de ejecución judicial de un derecho, en cuyo caso es legal, o no, en el que el derecho es meramente político.

La alternativa de la concepción que he venido defendiendo muestra que se trata de una falsa dicotomía. Niega que la ejecutoriedad judicial es la prueba de fuego de la legalidad. La legalidad, afirma, comienza mucho antes de lo que Dworkin quiere hacernos pensar. No nos fijemos en la disponibilidad de la coerción del Estado, sino en el punto donde las diferentes instituciones del Estado incluyendo los tribunales están organizados en un esfuerzo institucional conjunto sustentado en la separación de poderes. Así, la base teórica para hablar sobre estándares judicialmente sub – exigidos no es una creencia en una valor libre de validez jurídica, sino una creencia en la importancia del valor de la separación de poderes para el mantenimiento del Estado de derecho. Hablemos de un deber legal de disolver y convocar el Parlamento bajo ciertas condiciones, no simplemente porque los Padres Fundadores lo previeron en el texto de la Constitución, sino en última instancia, porque es parte de la combinación de los principios que regulan la relación entre los principales actores del Estado.

Poniendo la separación de poderes en la parte delantera y central de nuestra comprensión de la legalidad, nosotros pintamos un cuadro de nuestros derechos y deberes jurídicos, que están “descentralizados”. Lo que es legalmente requerido en un caso determinado –y lo que puede bien ser exigido por los ciudadanos– podrá variar entre los diferentes tipos de funcionarios jurídicos. Inevitablemente, cada uno de ellos será el dibujo del límite jurídico de diferentes maneras, y sensiblemente, dada la naturaleza de sus funciones”¹². Scott Hershovitz se basa en esta

¹² Scott Hershovitz, ‘The End of Jurisprudence’ (2015) 124 Yale Law Journal [en prensa].

observación para atacar la opinión de que existe un claro dominio de la normatividad jurídica, cuya existencia debemos establecer antes de preguntar lo que moralmente se desprende de ella. En cambio, argumenta, deberíamos abordar directamente la investigación moral de ‘cómo nuestras prácticas jurídicas impactan en nuestros derechos morales, obligaciones, privilegios y poderes’¹³. El establecimiento de límites es derivado de - y subordinado - a la investigación moral básica. “Cuando tenemos un proyecto en mente”, Hershovitz escribe, “podemos preguntar si importa cómo podemos trazar el límite [de lo jurídico], y la mejor manera de esbozarlo”¹⁴. Tomando en consideración la manera en que Dworkin delimita el ámbito de la ley y al insistir en una diferente propuesta ofrecida aquí se considera que sufren el prejuicio metafísico que Hershovitz quiere desacreditar. Pero esto sería desconocer su impulso. Para empezar, mi objetivo principal es responder a la investigación moral. Más concretamente, hay que destacar una importante dimensión que las repercusiones prácticas jurídicas tienen sobre nuestros derechos y deberes morales, uno que tiene que ver con la forma en que las instituciones del Estado que actúan en nombre de la comunidad política se organizan en un sistema. Esta dimensión moral es relevante para los efectos de prácticas jurídicas porque se define en parte la respuesta adecuada al problema de la legitimidad. Como Hershovitz, yo también fácilmente reconozco que el límite del marco jurídico se esboza de forma diferente dependiendo de la posición de cada uno en el esfuerzo institucional conjunto. Pero a esto añado que algunos de esos límites serán más sobresalientes y centrales que nuestro pensamiento sobre el derecho, precisamente porque su conexión con un valor, la legalidad, es esencial para el buen funcionamiento de la ley. Quizás, Hershovitz piensa

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

que incluso el enfoque sobre la legalidad delata que estamos bajo la influencia persistente del mismo prejuicio metafísico porque supone que existe un único valor maestro en referencia al cual podemos reunir todas las diferentes maneras en que la ley impacta sobre nuestros derechos y deberes. Pero, ninguna dudosa metafísica anima mi propuesta. Para repetirlo, lo que la impulsa es una concepción de la legitimidad política y un entendimiento entre legitimidad y nuestros derechos y deberes jurídicos. La investigación es moral.

¿De dónde viene esta licencia de integridad? Sin duda, una medida de los principios de la coherencia será una característica de un esfuerzo institucional conjunto destinado a la justicia¹⁵. Pero desde mi propuesta tiene un amplio alcance ver ese esfuerzo institucional, se elimina parte de la presión sobre los tribunales para llevar toda la acción institucional en virtud de un plan unificado de principio. Si se da el caso de que las elecciones periódicas del cuerpo legislativo son una característica importante del esfuerzo institucional conjunto destinado a la justicia, entonces los tribunales suelen tener una buena razón, una razón basada en la democracia, para aceptar compromisos de integridad. Y dado que esos compromisos son autorizados por un esfuerzo institucional conjunto regido por la separación de poderes, que –al menos en cierta medida– dirigen la lealtad de los ciudadanos, dado que la separación de poderes es un ingrediente fundamental de la legitimidad política. En vista de ello, no necesitamos postular un valor separado que sea demasiado precario y elusivo para levantar objetos morales pesados. Tampoco necesitamos comprometernos con la controvertida idea de que las sucesivas mayorías legislativas tienen la obligación –que en la vida real

¹⁵ Scott Hershovitz, 'Integrity and *Stare Decisis*' en Scott Hershovitz (ed), *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin* (Oxford University Press 2006) 103.

incumplen habitualmente– de comprimir sus políticas dentro del esquema de principio que puede denominarse implícita a la actuación legislativa.

No estoy diciendo que todas las transacciones de los principios de coherencia serán autorizados por la democracia. La separación de poderes no es un encubrimiento. La acción del Estado es legítima en la medida en que sea razonablemente dirigidas a la justicia. Así, aunque las consideraciones de diseño institucional que constituyen el ideal de la separación de poderes y rigen el esfuerzo institucional conjunto ejercen una fuerza gravitacional independiente sobre el papel de los funcionarios jurídicos, deben equilibrarse con consideraciones relativas al contenido de los derechos y deberes que son producidos por los actos de las instituciones del Estado. Es la interacción entre estos dos tipos de consideraciones morales lo que determina el contenido de la ley. Esta interacción es probable que permita algunos resultados moralmente sub-óptimos, tal vez que sean razonablemente dirigidos a la justicia. Algunos resultados, sin embargo, resultarán estar más allá de lo descolorido, y como resultado, no tendrá ningún efecto sobre nuestros derechos y deberes jurídicos.

4. RESPONDIENDO AL DESAFÍO POSITIVISTA

Hasta ahora, he resumido mi alternativa preferida de la concepción de la legalidad y la he contrastado con la explicación original de Dworkin. Ahora voy a presentar un par de maneras en que también nos ayude a responder a los críticos de Dworkin.

En primer lugar, esta concepción con su consiguiente alejamiento de ejecutoriedad judicial desvía la crítica de Shapiro contra el punto de vista del interpretivismo del razonamiento judicial. Recordemos que para Shapiro el interpretivismo nos compromete a pensar en los jueces como filósofos morales

que emplean complejos razonamientos morales para llegar a decisiones jurídicas. Pero, esto es, sin duda, difícil de conciliar con la práctica jurídica, como cuestión general, donde los jueces carecen de la necesaria formación filosófica para realizar dicha tarea y, sin embargo, carecen de autoridad moral para dirimir cuestiones altamente decisivas de moralidad política; presumiblemente, confiamos en los poderes políticos para hacer eso. Por el bien del argumento, voy a aceptar que Shapiro tiene razón para dudar de las destrezas del razonamiento y la autoridad moral de los jueces ordinarios¹⁶. Aun así, en la propuesta que aquí se defienden no necesitamos aceptar el diagnóstico sobre el interpretivismo de Shapiro. Si bien es cierto que los jueces no están bien equipados para tratar con una determinada cuestión moral, la separación de poderes, especialmente su requisito de división de trabajo, recomienda que sean relevados de ella. A continuación, canaliza la tarea a la institución que goza de la ventaja comparativa. Recordemos, que es el esfuerzo institucional conjunto el que debe inspirar confianza y puede, por lo tanto, ejercer legítimamente el poder coercitivo sobre nosotros. Los jueces desempeñan un importante papel en este esfuerzo, pero no es un privilegio jurisprudencial.

Prácticamente esto significa que los jueces pueden estar bajo un deber moral para aplazar la sentencia del organismo competente y quizás para hacerlo sin cuestionar ese juicio. Una vez más, la garantía para este tipo de deferencia es suministrada por las consideraciones de separación de poderes que estructuran el esfuerzo institucional conjunto. Sin duda, el reverso de la cesión de un cierto poder a una institución del Estado es un requisito para sus seguidores - participantes en el esfuerzo conjunto por respetar

¹⁶ Por supuesto, incluso si Shapiro está en lo correcto, es otra pregunta en qué medida el punto puede ser analizado. Haré esta pregunta aparte. Véase Jeremy Waldron, 'Judges as Moral Reasoners' (2009) 7 *International Journal of Constitutional Law* 2.

el ejercicio de ese poder¹⁷. La deferencia es plausiblemente una emanación de esa exigencia más general. Equipado con la noción de deferencia, podemos trazar un mapa epistémico de la división del trabajo entre las instituciones del Estado tal que (muchos de) los problemas que Shapiro tiene en mente son abordados.

Los interpretivistas reconocen que a veces es una buena idea para los jueces y demás funcionarios judiciales determinar lo que la ley exige para confiar en la heurística abreviada del juicio moral. Por ejemplo, Scott Hershovitz sostiene que “a menudo tenemos razones para ser moralmente obtusos sobre nuestras obligaciones morales”¹⁸. Esta moraleja de la obtusidad ocasionalmente hará considerar el “a nosotros mismos como sujetos de obligaciones jurídicas para hacer cosas que no podríamos tener la obligación moral de hacer”. Él da el siguiente ejemplo. Una regla común (como la regla del pulgar) empleada por los jueces y demás funcionarios judiciales en los sistemas jurídicos que conocemos es que deben aplicar las normas debidamente promulgadas por la legislatura. Por supuesto, la legislatura puede en ocasiones promulgar normas moralmente horribles que no deberían aplicarse. Sin embargo, puede ser útil para no desechar o refinar la regla del pulgar y de hecho para preservar la creencia de que el papel de los jueces ordinarios y otros funcionarios jurídicos está constituido por ella. Quizás, los jueces y demás funcionarios judiciales deben sentir cierta compunción a la hora de decidir si aplican o no una norma debidamente promulgada, ya que esto podría obligarlos a abordar esta cuestión con la debida prudencia. Quizás, la regla del pulgar, puede generar tal compunción.

Hershovitz no está defendiendo aquí una deferencia en el sentido definido en los párrafos anteriores. Él está hablando sobre los casos

¹⁷ Para la elaboración de este punto véase D Kyritsis, ‘What is Good About Legal Conventionalism’ (2008) 14 Legal Theory 135-66.

¹⁸ Hershovitz (n. 12).

en que “existe una brecha entre nuestra teoría de la función de un juez y en nuestro juicio caso-por-caso como las normas deben ser aplicadas”¹⁹. Esta es la razón por la cual él agrega que al final del día, cuando nuestros funcionarios jurídicos se enfrentan con una norma moralmente repugnante, nosotros “tenemos la esperanza de que se reconozca que hay ocasiones para desplazarse fuera de su papel y de negarse a aplicarla”²⁰. La estrategia de Hershovitz aborda la crítica de Shapiro en cierta medida. Teorías activas y heurísticas, cuando son efectivas, pueden reducir las demandas sobre la capacidad de los jueces para el razonamiento moral. Sin embargo, tiene poco que decir sobre el problema de la confianza. Para empezar, nada en la estrategia jurídica de Hershovitz obliga a los funcionarios a adoptar, seguir y creer en teorías activas. En el mejor de los casos, su estrategia deja espacio para tales teorías en nuestro lenguaje y pensamiento moral. Sin embargo, Dios no lo quiera, algunos funcionarios jurídicos podrían tener la oportunidad de basarse en *Law's Empire* y convencerse por ella a participar en verdaderas teorías morales para decidir casos sometidos ante ellos. “Hacer cumplir todas las normas promulgadas debidamente”, pensará, es un pobre sustituto para este tipo de especulaciones. Por lo tanto, desechará las viejas teorías activas que mantienen sus funciones epistemológicamente día a día menos exigente. Pero al hacerlo se expondrá a la acusación de que está traicionando la confianza de los ciudadanos. Hay un problema adicional: ¿Qué podemos decir de acerca del filósofo - juez que regresa al redil? Una cosa que no podemos decir que es útil creer que la teoría del trabajo determina realmente el contenido de su

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid. Cuando Hershovitz habla de la función aquí, él obviamente entiende la comprensión de la función bajo las ásperas y prestas teorías activas cuya utilidad quiere defender, no según el mejor entendimiento moral de su función oficial de conformidad con el régimen existente de la separación de poderes.

papel institucional. De alguna manera nos recuerda el fracaso de la regla - utilitarismo, ello no puede hacerse pública. Pero es el único suministro de Hershovitz.

Por el contrario, el tipo de obediencia que he venido defendiendo abarca los casos legalmente apropiados para una decisión moralmente sub-óptima por aquellos encargados del cumplimiento y ejecución que no están autorizados para juzgar aspectos de su mérito moral. La obediencia, así entendida, no es vulnerable a las preocupaciones que he planteado anteriormente sobre la estabilidad de la estrategia de Hershovitz. No puede bloquear todo el razonamiento moral; los jueces todavía tienen que responder a muchas cuestiones morales, incluidos los relativos a la moralidad de sus relaciones institucionales con los poderes políticos. Pero les da una buena razón para no realizar el razonamiento moral que ha sido asignado a otro actor estatal. Esto puede dejar a Shapiro insatisfecho, pero debería ser suficiente para la mayoría de los fines prácticos. Indudablemente, debemos ser cautos a la hora de sobrecargar a los jueces con juicios morales, pero hay poca razón para insistir en que no ejercerán ningún juicio moral, especialmente a la luz de su independencia e imparcialidad. En segundo lugar, la razón a favor de la obediencia que he presentado pasa la prueba de publicidad, ya que puede ser reconocido por los jueces sin un cortocircuito de su sentido de la responsabilidad oficial y abordarse como una justificación para el resto de los funcionarios y los ciudadanos. La separación de poderes es una parte explícita del esfuerzo público para hacer nuestros regímenes políticos legítimos.

Más aún, el cambio de la integridad a la separación de poderes proporciona los recursos para defender el interpretivismo desde la objeción de que es, en el mejor de los casos, una teoría de la adjudicación. Muchos positivistas han argumentado que el proceso interpretativo, como Dworkin entiende, toma un

conjunto de leyes y solo añade un brillo moral sobre ellos²¹. Por lo tanto, debe presuponer algo como los criterios positivistas para determinar los elementos que entran en juego. Como consecuencia, no es realmente un desacuerdo con el positivismo jurídico. Analíticamente ocupa una etapa posterior.

Si es o no una justa crítica a la versión del interpretivismo de Dworkin, no afecta la versión presentada aquí. Porque, como ya he mencionado antes, estoy proponiendo que la razón por la que, digamos, una norma es relevante para lo que los tribunales deben decidir es interna al proyecto interpretativo. Cuando es relevante, es debido a que en gran medida los tribunales y las legislaturas son compañeros de los participantes en un esfuerzo institucional conjunto destinado a la justicia y estructurada por el valor de la separación de poderes. Estas circunstancias, normalmente están bajo la obligación de prestar atención a cada una de las otras contribuciones al esfuerzo común. Esto lleva el viento de las velas de cualquier intento de romper la consulta sobre el contenido de la ley en dos etapas, una etapa de valor libre donde ciertas normas se considerarán normas válidas, y otro cargado de valor donde esas normas se combinan con las consideraciones morales. Si la moralidad política no da suficiente razón para seguir a los tribunales una decisión legislativa, no hay sentido residual en que esa decisión no ha creado una ley válida. La objeción, da por sentado que las legislaturas crean leyes y los tribunales los aplican. Pero en el punto de vista defendido aquí tanto el poder del legislador como el de los tribunales están determinados por principios de moralidad política que brindan parte de la respuesta al problema de la legitimidad política.

²¹ Nicos Stavropoulos distingue un número de diferentes versiones de este punto de vista. Véase Nicos Stavropoulos, 'Legal Interpretivism' en E Zalta (ed), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2014 edition), disponible en <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/law-interpretivist/>>, sección III.

5. CONCLUSIÓN

Dworkin a menudo habla acerca de la flexibilidad de nuestras prácticas lingüísticas cuando se usa la palabra “derecho”²². A veces empleamos esto para referirnos simplemente a los sistemas de gobierno que ejercen el control efectivo de un territorio determinado, a la manera de un sociólogo o politólogo. También hablamos de leyes profundamente inmorales cuyo cumplimiento ningún principio de moralidad política podría considerar como legítimo, notoriamente, el derecho Nazi. Dworkin no rechaza esta flexibilidad. De hecho, pensó que con frecuencia nos ayuda a captar los matices morales de la práctica jurídica. Aún así, él insistió, en que la tarea del filósofo jurídico es articular la legalidad y explicar por qué la legalidad es central en la legitimidad política. Esto, y no una obsesión taxonómica, es la fuerza motriz detrás de la propuesta de este ensayo. Pero es algo que los filósofos jurídicos llevan bastante más lejos que la misma corte. Nuestra preocupación por la legitimidad política abarca los actos de otras instituciones distintas a los tribunales y la ley, como he intentado mostrar, es esencial para resolver ese problema. Hay que tener en cuenta que la ley deja fuera muchos aspectos de legitimidad política. Pero esto es como debería ser. Está entrelazada con la moralidad, pero está lejos de ser la ideal. Las consideraciones de legitimidad política pueden servir tanto como determinantes del contenido de la ley y como el punto de referencia respecto del cual podemos evaluar la ley, como la aspiración hacia el derecho que se busca.

²² Véase Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Hart Publishing 1998) 103: “Nuestra lengua e idioma son lo suficientemente rico como para permitir una gran discriminación y elección de las palabras que escojamos para decir lo que queremos decir, y nuestra elección dependerá, por tanto, de la cuestión que estamos tratando de responder a nuestro público, y el contexto en el que nos hablan”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Dworkin R, *Justice in Robes* (Harvard University Press 2006).
Dworkin R, *Justice for Hedgehogs* (Harvard University Press 2011).
Dworkin R, *Law's Empire* (Hart Publishing 1998).

Greenberg M, 'The Moral Impact Theory of Law' (2014) 123 Yale Law Journal, 1288.

Hershovitz S, 'The End of Jurisprudence' (2015) 124 Yale Law Journal.

Hershovitz S (ed), *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin* (Oxford University Press 2006).

Kyritsis D, 'What is Good About Legal Conventionalism' (2008) 14 Legal Theory, 135-66.

Rawls J, 'Legal Obligation and the Duty of Fair Play' en Freeman S (ed), *Collected Papers Cambridge* (Harvard University Press, 1999).

Sager L, *Justice in Plainclothes* (Yale University Press 2006).
Shapiro S, *Legality* (Harvard University Press, 2011).

Stavropoulos N, 'Legal Interpretivism' en Zalta E (ed), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2014 Edition).

Waldron J, 'Are Constitutional Norms Legal Norms?' (2006) 75 Fordham Law Review, 1697.

Waldron J, 'Did Dworkin Ever Answer the Critics?' en Hershovitz S (ed), *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin* (Oxford University Press, 2006).

Waldron J, 'Judges as Moral Reasoners' (2009) 7 International Journal of Constitutional Law 2.

CONSTITUCIONALISMO POPULAR,
CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
Y PARLAMENTOS

Santiago Ortega

INTRODUCCIÓN

La relación entre la democracia y el pueblo ha sido históricamente comprendida como un problema para las comunidades políticas. No cabe duda de que la democracia ha sido un régimen político históricamente condenado, marginalizado y criticado desde la Antigüedad, pero rehabilitado y replanteado en Occidente desde hace un par de siglos. En tal sentido, la democracia ha tenido un proceso histórico de aceptación paulatina de sus reglas y contenidos (si es que los tiene), hasta constituirse en el sistema político predominante de Occidente y de varias regiones del mundo. La historia del populismo es distinta. El populismo como forma de acción política es una práctica denostada, criticada y rechazada (especialmente por los académicos). Por ello, al estar frente a dos experiencias políticas, al parecer, incompatibles, debemos preguntarnos: ¿es posible reconstruir una relación teórico – práctica valorativamente positiva entre democracia, populismo y ley?

Entender el significado de democracia no es muy difícil, es decir, en virtud de los múltiples estudios en torno a este régimen político existen varias propuestas que reflexionan y conceptúan qué es la democracia o exploran su evolución en distintas etapas históricas. Según las investigaciones de Valentina Pazé, ya en los textos de Herodoto, Megabicio, integrante de la corte de Cambises rechaza el “gobierno de uno solo”, pero también el “gobierno de la multitud”. Con el término *demos*, se califica a una masa de pobres, también denominados como “malvados” o “vulgo”, aunque también como “el conjunto de todos los ciudadanos titulares de derechos políticos”.

Es importante resaltar que el desprecio hacia el *demos* no es solo un juicio despectivo en el cual la irracionalidad y la miseria espiritual de sus miembros motiva las decisiones colectivas. Según Pazé “aparentemente sordo a la voz de la razón, se hace temible por sus movimientos imprudentes, imprevisibles, incontrolables. Semejante transfiguración es posible porque el *demos* es concebido en términos organicistas, como masa uniforme y compacta, o como muchedumbre, que se mueve y se pronuncia al unísono, sin dejar entrever individualidades que lo componen”. ¿Es cierto esto?

Según nos relata Pazé, para Aristófanes, el problema de la democracia era su tendencia a transformarse en demagogia. Varios eventos injustos en los cuales atenienses inocentes eran sancionados por la comunidad quizá tuvieron “un peso en la formación del juicio negativo de Platón sobre el sistema político vigente en Atenas, una ciudad “en la que todo puede pasarle a cualquiera”. Eso significaba que la democracia ateniense era un sistema en el cual la voluntad popular no tenía límites, una democracia fácil de corromper, un *demos* manipulable por los demagogos.

El asunto de los límites de la voluntad popular ha sido bien explicado por Bobbio. Ya situado en los regímenes democráticos modernos Bobbio afirma que existen dos definiciones de democracia: una *formal* y otra *sustancial*. Para el autor la definición de democracia mínima procedimental es el mejor criterio para separar un régimen democrático de uno no democrático, sin necesidad de introducir valores. Pero en toda democracia se deben establecer reglas que permitan guiar la acción común. Bobbio distingue dos reglas fundamentales para la democracia: “*reglas del juego*” y “*reglas de estrategia*” y en virtud de que las decisiones deben ser tomadas con el mayor consenso (mayoría) esto no es una garantía de estar frente a un régimen democrático. Para que hablemos de democracia si bien es indispensable hacerlo desde un

punto de vista procedimental (el cual tiene un valor intrínseco), en el que la igualdad política implica una simetría entre todos los ciudadanos, esto no es suficiente. Para denominar a un régimen como “democrático” es necesario confirmar, garantizar, proteger, asegurar, algunos derechos fundamentales que preexisten a las mismas reglas del juego y que son los derechos de libertad. Esto es, la democracia y el liberalismo son interdependientes. Esta es la diferencia entre “nuestras democracias” y la de los “antiguos”, pues la democracia de los antiguos fue una democracia no – liberal.

Esta es quizá la razón fundamental del desprecio que mantenían grandes pensadores de la Antigüedad. La democracia de los antiguos era un triunfo de la mayoría, pero sin límites. De hecho, en la Modernidad, algunos pensadores era liberales (Locke), pero no demócratas y otros demócratas (Rousseau) pero no liberales. A todo ello, es necesario agregar que en una democracia es importante el Estado de Derecho, comprendido como el gobierno sometido a leyes y no a quien gobierna. Por eso, el gobierno de las leyes es opuesto al gobierno tiránico, al gobierno despótico y al gobierno autocrático. Como podemos observar, la democracia es un objeto de estudio de amplio interés porque es el marco institucional de nuestras sociedades. Queda claro, qué podemos entender por democracia. Pero no queda claro cuál es su vínculo con el populismo.

Si la democracia ha tenido una evolución histórica orientada a su aceptación generalizada e incluso como un método idóneo para crear determinado estado social, esto es, si la democracia fue despreciada por los antiguos y es alabada por los modernos, ¿porque el populismo no puede ser igualmente rehabilitado como estructura de comprensión de la práctica política de nuestras sociedades? Al igual que la democracia, debemos explorar las posibilidades conceptuales de las que disponemos para definir el pueblo y el populismo.

Pero pensar en el populismo exige una respuesta necesaria previa: ¿Qué es el pueblo? (o mejor aún, ¿Qué concepto de pueblo se adecúa a nuestras democracias constitucionales? Considero que entre las muchas investigaciones sobre el tema, Ernesto Laclau *re – construye* una noción *no – organicista* de pueblo que niega la existencia de un sujeto *a priori* ontologizado que responda al nombre de pueblo y con ello posibilita la rehabilitación de una estructura que nos permite comprender nuestra práctica política en el marco de nuestras democracias: el populismo.

Aun así, ofrecer una definición satisfactoria de pueblo es altamente complejo. Esto se debe a que los conceptos sobre pueblo son vagos e indeterminados. Pero la vaguedad e indeterminación no deben ser apreciadas como defectos del discurso elaborado para explicar la realidad social, sino que forman parte de la realidad misma. En el discurso, la realidad social no se constituye por bienes sociales preexistentes al complejo relacional de elementos que la construye. En el discurso los bienes sociales son de carácter relacional y objetivos. Eso quiere decir que si entendemos al discurso como relacional entonces asumimos que estamos frente a identidades diferenciadas. Pero esas identidades diferenciadas deben tener un elemento común.

El pueblo no es una totalidad homogeneizante. La totalidad es imposible, pero sin la aspiración a esa totalidad no habría identidad. En la construcción de la noción de pueblo se aspira a que todos *quepamos* en él. Pero eso no es posible. La noción de pueblo se construye sobre la base de una equivalencia de diferencias: por ejemplo, nuestros intereses. El pueblo no es un sujeto *ontologizado a – priori*. No se puede hablar de él como una totalidad hermética. El pueblo se construye como una *hegemonía* en el que una vez alcanzada una equivalencia de diferencias se aspira a crear una identidad universal entre todos los sujetos que lo integran. El pueblo no se puede entender como una expresión ideológica sino

como una relación entre agentes sociales que tienen demandas comunes. Esta dinámica en el que el pueblo se constituye a partir de una *hegemonía* es la base para comprender al “*disenso*” como fundamento de la política y el derecho.

Considero que el populismo puede ser *re – construido* en términos conceptuales con la finalidad de explicar la dinámica del poder en nuestras democracias. Es altamente probable que la experiencia política de Europa durante el siglo XX imposibilite redefinir al populismo e incluso al pueblo como herramientas que nos permitan entender la política en democracia. Pero *no* en Latinoamérica. Desde el punto de vista del pensamiento político latinoamericano, la tradición autoritaria y la concentración del poder en países desinstitucionalizados se ha llevado en el marco de precarias democracias. Eso significa que si la democracia tiene como uno de sus componentes la simetría e igualdad expresada en el voto, en Latinoamérica han surgido modelos de distorsión *institucionales* y *no institucionales*. El poder económico (y en general los poderes fácticos) son agentes *no institucionales* que distorsionan nuestras democracias. Si el pueblo significa una lucha por el poder orientada a la hegemonía, los agentes *no institucionales* son los responsables de limitar esta lucha: nada cambia, ni se transforma. Pero también existen agentes *institucionales*: las instituciones contramayoritarias, por ejemplo.

Desde el punto de vista jurídico, las críticas mejor articuladas contra el control de constitucionalidad y en general contra los Tribunales Constitucionales provienen del Populismo Constitucional y en especial de uno de sus miembros: Jeremy Waldron, cuyos esfuerzos por reconstruir la relación entre pueblo y Constitución son notables.

No se equivoca Waldron al afirmar que “estamos intoxicados de justicia constitucional”. El Constitucionalismo Popular del autor implica una reorientación de nuestra reflexión político

- constitucional y su objeto de estudio. Sin embargo, pienso que la fuerte tradición liberal de Waldron necesita intensificar el rol del pueblo como intérprete constitucional dentro de una comprensión adversarial no solo del Parlamento, sino de la sociedad misma. No se aprecia en Waldron una explicación conceptual satisfactoria del pueblo, y no obstante, es el fundamento de su doctrina.

Considero que una perspectiva crítica de la relación entre democracia y pueblo implica repensar el rol de este último no solo como soberano, sino como intérprete supremo de la Constitución. Lo que significaría reflexionar sobre mecanismos institucionales que canalicen la voluntad popular.

Explicar la política constitucional sin que el pueblo cumpla un rol protagónico es un peligro. De hecho, antes de pensar en la democracia, el populismo o la constitución es necesario hacerlo sobre el pueblo. Esa es una secuencia plausible y quizá la relación entre pueblo y democracia sea menos problemática y más compatible.

Como bien afirma Waldron:

“...no solo tenemos desacuerdos acerca de la existencia de Dios y el sentido de la vida, sino también acerca de cuáles son los términos justos de cooperación entre las personas que tienen desacuerdos acerca de la existencia de Dios y el sentido de la vida. Tenemos desacuerdos acerca de los que nos debemos los unos a los otros en términos de tolerancia, indulgencia respeto y cooperación y ayuda mutua. Los liberales están en desacuerdo con los conservadores; los socialistas con los economistas que defienden el mercado; los partidarios de la libertad están en desacuerdo con los partidarios de la comunidad, y ambos están en desacuerdo con los partidarios de la igualdad...”²³

²³ Waldron, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 7.

Pero la importancia de la idea del desacuerdo entre los filósofos políticos ha sido marginada. Todo lo contrario a partir de 1971²⁴, concentraron todos sus esfuerzos en reforzar una idea de justicia que marginara el papel trascendental del desacuerdo e incluso no ponerlo como presente en el esquema de sus propias teorías políticas y con esta práctica se descuida uno de los importantes papeles de la vocación filosófica -política, que en palabras de Waldron es un compromiso a examinar y es que: “...filosóficamente no solo [es importante] la metafísica, sino también la moral y la política del desacuerdo...”²⁵.

En este escenario, la filosofía política tiene dos tareas que cumplir: i) teorizar sobre la justicia, los derechos y el bien común y ii) teorizar acerca de la política (teorizar sobre el modo en el que actúan las comunidades cuando existen desacuerdos entre sus miembros). Si bien cuando se habla de justicia muchas veces se hace referencia a las leyes, es decir cuál es la forma correcta y el fundamento que deben tener ellas, para el autor del libro, gran parte de la teoría especial²⁶ del derecho pertenece al ámbito de la primera tarea que podrían responder a la pregunta ¿Cuál sería la forma correcta o justa de regular nuestras relaciones jurídicas? La intención de Waldron es insistir en la importancia que se debe de dar a la segunda reflexión teórica como un programa de trabajo para la filosofía política. Enfatiza en este punto así:

²⁴ Fecha de publicación del libro de John Rawls, *Teoría de la Justicia*.

²⁵ Waldron, Jeremy. Ob. cit., p. 9.

²⁶ Para mayor entendimiento, es preciso remitirse a Waldron quien señala: “... la distinción entre una teoría general del derecho y una especial —i. e., la teoría del derecho como tal *versus* la teoría acerca de problemas jurídicos concretos como la responsabilidad extracontractual— es diferente a la distinción entre una teoría general (o universal) del derecho y una particular (o local) —i. e., la teoría del derecho como tal *versus* la teoría sobre el derecho de una jurisdicción en particular, como el de Inglaterra como el de Estados Unidos—, obviamente gran parte de la teoría particular del derecho es a la vez teoría especial del derecho pero no es necesario que sea así...”, Waldron, Jeremy. Ob. cit., p. 11.

“...creo que los filósofos que se ocupan de las cuestiones públicas deberían pasar menos tiempo con los teóricos de la justicia y más tiempo en compañía de los teóricos de la autoridad y teóricos de la democracia, reflexionando sobre los propósitos y los procesos por los cuales las comunidades establecen un conjunto único de instituciones,...necesitamos reconocer que se trata de un programa de trabajo *distinto* y no en aquel que nos involucramos como resultado... de...buscar la implicaciones procedimentales de una concepción sustantiva en particular...”²⁷

Esta forma de proceder logra transmitir que los argumentos jurídicos tienen que ser entendido no solo en el plano de la segunda tarea de la filosofía política sino también en la primera²⁸. Es decir:

“...en la empresa del derecho no se trata de que “cada persona intente izar la bandera de sus convicciones sobre un ámbito de poder y normas tan amplio como sea posible”, sino como afirma Dworkin, de intentar obtener la mejor versión de los principios de justicia que ya están “implícitos en los arreglos políticos vigentes de la comunidad [a la que pertenecemos] [...] pensemos o no que estos principios son los mejores desde un punto de vista utópico”...”²⁹

Llegado hasta aquí, se prevé que la pretensión del derecho –respecto de nuestra atención, respeto y obediencia- es ordenar

²⁷ Waldron, Jeremy. Ob. cit., p. 10.

²⁸ Con ello, afirma además el autor que cuando nos movemos de la teoría especial del derecho a la teoría *general* del derecho, es decir, cuando reflexionamos sobre el derecho como tal, sobre la autoridad jurídica, sobre la obligación jurídica, sobre el estado de derecho, etc. Nos trasladamos categóricamente y sin ambigüedades a lo que el autor denominó segunda tarea de la filosofía política.

²⁹ Waldron, Jeremy. Ob. cit., p. 13. Waldron hace referencia a Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press. 1986, p. 211 y 213.

nuestras acciones e interacciones en circunstancias en las cuales discrepamos acerca de cómo deberían estar ordenadas dichas acciones e interacciones. Por ello la premisa central — esto es, que el rasgo característico del derecho reside en permitirnos actuar a la luz de los desacuerdos — muestra que no deberíamos ver este tipo de hechos como casos de crisis, excepciones o casos límite de la autoridad del derecho. Todo lo contrario se verá que es *normal* que el derecho tenga pretensiones que choque con el sentido de justicia de algunos o de varios que se encuentran bajo la sombra de su autoridad.

Pero esto no ha sido recogido en la teoría del derecho contemporáneo, donde se ha visto ajeno el interés a los desacuerdos y al papel fundamental de la legislación o la participación mayoritaria en términos representativos. Como nos muestra Unger³⁰ el oscuro secreto que se tiene en la teoría del derecho contemporánea es su incomodidad con la democracia. Si bien ello no es en absoluto cierto, ya que existieron excepciones como el trabajo de William Eskridge³¹ y otros sobre la “construcción dinámica de las leyes”. Pero ello no aflige su argumento, por lo menos en lo que concierne a la legislación. Como bien describe Unger este fenómeno surge en todos los espacios de la cultura jurídica contemporánea:

“... no solo “en la identificación incesante de límites a la regla de la mayoría, siendo responsabilidad prevaleciente de jueces y juristas; en la consecuente hipertrofia de las prácticas y arreglos contra-mayoritarios; [...] y en fijar de manera simplista el centro de atención en los altos tribunales, y en su forma de selección, viéndolo como el segmento más importante de la vida Democrática”, sino también en el fracaso a la hora de desarrollar y generalizar una reflexión por parte de la filosofía

³⁰ Citado en Waldron, Jeremy. Ob. cit., p. 15.

³¹ Waldron, Jeremy. Ibíd.

jurídica que se adecua para el derecho entendido como creación y propiedad de un pueblo libre y democrático...”³²

Como se apuntó líneas anteriores y como señala Unger un síntoma de este fracaso es la peligrosa “marginalización” de la legislación. En la actualidad lo único que les importa a los filósofos del derecho contemporáneo es la estructura del razonamiento judicial. Están intoxicados de tribunales de justicia y cegados a casi todo lo demás por los encantos de la justicia constitucional.

Entonces ¿Cómo podríamos imaginar una teoría del derecho que se sintiera cómoda con la democracia? Esta es la pregunta que se hace Waldron y cuya respuesta la ofrece frente al desafío de Unger al vislumbrar una teoría genuinamente democrática:

“...Una filosofía del derecho que logre algo más que simplemente estar de acuerdo con el ideal de autogobierno, un teoría del derecho que ponga realmente en práctica este ideal, rigurosa y detalladamente, en su explicación de la naturaleza del derecho, del fundamento de legitimidad, de la tarea de interpretación y de las responsabilidades respectivas de los parlamentos, los ciudadanos y los tribunales de justicia...”³³

2. UNA TEORÍA JURÍDICA DE LA LEGISLACIÓN Y LOS PARLAMENTOS EN LA TEORÍA JURÍDICA

Los tres elementos que componen el control judicial de constitucionalidad son los derechos, los tribunales y los parlamentos. Pero el gran problema en la filosofía es que no se encuentran muchos trabajo sobre este último elemento “el parlamento”, si bien hay una larga tradición en analizar una teoría de la legislación reconociendo si contamos con buenas o malas leyes ello no es suficiente para conocer la dinámica parlamentaria. Es

³² Waldron, Jeremy. Ob. cit., p. 16.

³³ Waldron, Jeremy. Ob. cit., p. 17.

necesario aventurarse en este proceso creativo de leyes, pues ya lo había afirmado Helvetius "...para que los filósofos sean de utilidad, deberían examinar los objetos desde el mismo punto de vista que el legislador..."³⁴.

Entonces se puede afirmar que los parlamentos toman sus decisiones en una dinámica donde se decide no en función de una idea sustancial *a priori* (fuera del parlamento), sino en función de internalizar los desacuerdos dentro del mismo acogándose actos de arreglo como separar escaños del gobierno y de la oposición, el sistema de partidos mayoritarios o minoritarios, las reglas de procedimiento, la disciplina del voto y los controles de asistencia.³⁵

Esta dinámica tiene sus particulares características como propias del parlamento, ya sea su tamaño, su diversidad y los desacuerdos, juntos con los arreglos institucionales como se hacían mención, en este punto el Waldron indaga sobre la implicancia de estos elementos en relación a la naturaleza del derecho, el fundamento de su autoridad y las exigencias de su interpretación. Pero existen tres tareas problemáticas en las que la atención a características estructurales distintas del poder legislativo contemporáneo podrían ser importantes: la textualidad, la intencionalidad y el voto.

La textualidad. El derecho actual siente atracción por esta cualidad textual del derecho, debido a que problemas complejos surgen a menudo acerca del significado de las palabras. La

³⁴ Waldron, Jeremy. Ob. cit., p. 29.

³⁵ Para una idea más exacta "...el poder legislativo no va en busca de consejo filosófico individual, sino que consiste en una asamblea de los representantes de los principales puntos de vista en conflicto en la sociedad, y conduce sus deliberaciones y toma sus decisiones en el marco del conflicto y la controversia sobre los mismo..." en Waldron, Jeremy. Ob. cit., p. 32.

legislación se presenta como derecho escrito, con frecuencia los problemas sobre su significado parten del sentido literal de la ley. No es propio en la actualidad que la legislación sea ajena a una forma verbal, algo a lo que se oponen P. S. Atiyah y Robert Summers³⁶. Como sospecha Waldron no basta decir que el parlamento tiene autoridad, sino que ello se debe al tipo de institución que es el parlamento: un encuentro entre varios individuos que tienen el propósito de actuar colectivamente en nombre de toda la comunidad y que nunca pueden estar seguros de lo que han acordado sino es haciendo referencia a la forma lingüística que tienen delante.

Intención legislativa. Una teoría de la estructura tiene una respuesta a la cuestión de la intención legislativa, y si es propio acudir a la historia legislativa para verificar ello. La respuesta es que si se pretende ello, una teoría debe tomar seriamente en cuenta el tamaño y la diversidad de los órganos colectivos que en la práctica aprueban las leyes frente a otros presupuestos. Al respecto la consideración empírica es importante, pero ello debe enmarcarse en una investigación empírica con una conceptualización más teórica del proceso de creación con sus respectivas características de órgano amplio y diverso.

El voto. Las leyes se aprueban mediante votación, pero esto no es recibido positivamente en la filosofía del derecho. Parece poco prudente que la aprobación de una ley se lleve a cabo por una persona en casos de desempate, cuando lo que está en juego son importantes temas de principios o cuestiones complejas de política concreta. Pero este argumento no presta atención al comportamiento real de los tribunales que hacen práctica de ello, como si fuera plausible un proceso de votación en órganos que se forman por más de dos personas. En el fondo la razón de

³⁶ Waldron, Jeremy. Ob. cit., p. 34.

la votación en el parlamento no obedece a cuestiones morales o filosóficas, sino a un tema de equidad.³⁷

Si bien se ha ignorado la importancia de la estructura del Poder Legislativo, esto no ocurre en todas las disciplinas, pues existen una multitud de investigaciones en la ciencia política sobre estas cuestiones. Es por ello que a los politólogos no se les ocurriría ver al Parlamento con una entidad o actor único, o como un autor de leyes unitario. A los politólogos les gusta estudiar esa influencia interna y externa que determina el producto final unitario. De tal manera que cogen el punto correcto pero es diferente la disposición que adoptan al estudiarlo, teniendo algunas limitaciones respecto de la teoría del derecho normativo. Como primer punto, no se centran en un específico proceso de creación del derecho, para ellos no es la única función y desde el punto del poder político no es el más importante. En segundo lugar, los politólogos quieren resaltar, acertadamente desde un punto de vista descriptivo y explicativo, que la capacidad de creación del derecho no reside precisamente en el parlamento sino se encuentra situado en otro lugar del sistema político³⁸. Lo que quiere decir el autor es "... que los modelos normativos no presentan el proceso legislativo de una manera que sirva para mejorar nuestra comprensión normativa del derecho, no presentan la legislación de un modo particularmente útil, al menos por lo que respecta a los aspectos normativos de la filosofía del derecho... esto se debe principalmente a que los politólogos

³⁷ Como afirma Waldron, Jeremy. Ob. cit., p. 36. "...una asamblea legislativa tiene la función de representar las principales facciones de la sociedad y la de elaborar leyes tomando en serio las diferencias entre ellas, en lugar de pretender minimizarla o negar su existencia..."

³⁸ El autor hace referencia al caso del Reino Unido "...cuyo "legislativo" rara vez considera seriamente una propuesta de ley que no provenga del ejecutivo y rara vez deja de aprobar una ley que el ejecutivo haya propuesto..." Waldron, Jeremy. Ob. cit., p. 38.

no consideran necesario distinguir, en sus explicaciones del comportamiento de los legisladores, entre la producción de una ley... y la producción de un acuerdo político sobre el presupuesto, las políticas públicas o la designación de cargos...”³⁹. Frente a ello mencionan los politólogos que una norma no tiene la autoridad o dignidad inherente. Incluso, algunos han sugerido que el modelo legislativo es valorado por los juristas no tanto por su verosimilitud descriptiva sino por la credibilidad que genera a la práctica del control judicial de constitucionalidad de la leyes al silenciar los problema asociados a la “objeción contra-mayoritaria” que a veces se dirige contra el control judicial de constitucionalidad. Pero cabe una duda si los legisladores persiguen sus propios intereses sin importarles cuál es su deber ¿Qué hace ajeno a los jueces, quienes realizan también votación? Frente a esta situación en que son aprobadas las leyes, los autores críticos se direccionan no en la dirección prescrita por aquello que ha sido aprobado, sino por el contrario, en ser cautos respecto de sus disposiciones. Pero como afirma Waldron “...aun cuando dicha cautela parece comprensible, una teoría que se limite a expresar cautela no es adecuada para la teoría del derecho...”⁴⁰, pues aunque podamos dudarla la legislación existe con la pretensión de tener autoridad. Pero si pretendemos darle autoridad es necesario averiguar si ¿toda la legislación, con independencia de las condiciones de su aprobación desacreditan seriamente la legislación o solo ocurre con respecto a la legislación cuyas condiciones de aprobación se alejan mucho del ideal? [...Si optamos por este último enfoque, deberíamos entonces poder articular un ideal razonable, que nos muestre de qué manera la autoridad de la legislación podría estar vinculada de manera práctica con determinadas condiciones de la legislación en las circunstancias de la vida moderna, ya que

³⁹ Waldron, Jeremy. Ob. cit., p. 40.

⁴⁰ Waldron, Jeremy. Ob. cit., p. 43.

solo si poseemos dicho ideal podemos saber en qué medida los Parlamentos existentes se alejan del mismo y lo que implica exactamente tal alejamiento...⁴¹].

Dicho ideal nos lleva posiblemente a una teoría del derecho de orientación positivista. Si bien el positivismo ha sido una corriente poderosa en la filosofía del derecho inglesa, donde tienen a sus principales figuras fundantes en Thomas Hobbes y Jeremy Bentham, quienes consideraban a la legislación como el paradigma de lo que es y debe ser el derecho, no simpatizaban con el *common law* al cual lo calificaban de no sistemático e impredecible, precisamente porque esta no prestaba atención pertinente a la autoridad del derecho. Los positivistas jurídicos contemporáneos, así como los teóricos de otras escuelas jurídicas, tienden a interesarse mucho más por la aplicación del derecho que por las estructuras y procedimientos legislativos⁴². Quizá Hart podría marcar una excepción ya que para él la legislación es central. “... Hart sostiene que el rasgo distintivo de un sistema jurídico es la capacidad de una comunidad para articular y cambiar deliberadamente sus reglas y practicas...”⁴³. Esta capacidad de modificar según Hart hace una distinción entre las sociedades pre-jurídicas

⁴¹ Waldron, Jeremy. Ibid.

⁴² Al respecto Waldron menciona que “...lo que hace que sea un sistema, según Raz, no es la posición dominante del Parlamento, sino el hecho de que existen un grupo organizado de instituciones aplicadoras de normas que reconocen validez a dichas normas en virtud de criterios basados en sus fuentes...” (Waldron, Jeremy. Ob. cit., p. 44). La expresión criterios de validez basados en fuentes quizá nos lleve automáticamente a hacer referencia a un legislador, según a posición tradicional positivista. Pero ello en palabras de Raz es insostenible. “...dice Raz, no hay ninguna razón, en absoluto, para que los tribunales tengan que orientarse hacia un Parlamento. Los criterios compartidos por un conjunto de tribunales pueden referirse únicamente a un legado de decisiones pasadas que fueron tomadas por otras instituciones aplicadores de normas similares...” Waldron, Jeremy. Ob. cit., p. 45.

⁴³ Waldron, Jeremy. Ob. cit., p. 46.

y los sistemas jurídicos contemporáneos. Pero "...la transición hacia un gobierno claramente jurídico implica la institución gradual de prácticas de cambio jurídico más deliberado. Implica el establecimiento de reglas secundarias que especifiquen el modo en que se aprobarán las nuevas normas y el criterio que permitirá identificar tales normas debidamente aprobadas. Por último, también implica inevitablemente el surgimiento de un cuerpo de especialistas en identificar el derecho, es decir profesionales que conozcan las particularidades del derecho..."⁴⁴, esto último, podría tornarse injusto dado que un elevado porcentaje de ciudadanos ordinarios no tienen una concepción general de la estructura jurídica o de sus criterios de validez, el predominio del derecho deliberado aprobado en la vida social significa que aquellos que participan en su creación y que pueden conocer dicho derecho, pueden utilizar esta capacidad en su beneficio y en perjuicio de los demás.

Si bien, como se dijo en el caso del paso de lo pre-jurídico a lo jurídico, Hart entiende que esto implica tanto a las instituciones de los tribunales como de las reglas de aprobación de leyes, pues una sociedad tiene la capacidad legislativa no en virtud de que existe políticamente un hábito de obediencia a las órdenes de un soberano⁴⁵, sino de la aceptación por parte de un cuerpo de funcionarios de ciertas reglas sobre la articulación, elaboración y cambio de reglas. Estas reglas secundarias explicarían porque un Parlamento puede constituirse jurídicamente y como puede estar regulado y estructurado mediante normas. Waldron menciona que Hart desarrolla todas estas ideas en la primera parte de su libro *el Concepto del derecho*, que lo utiliza para su crítica a las nociones de soberanía defendida por el positivismo temprano, pero la sorpresa de Waldron es que no hace nada más que ello. En este

⁴⁴ Waldron, Jeremy. Ob. Cit., p. 47.

⁴⁵ Como pensaba Bentham y Austin.

punto Waldron pretende darle continuidad ligando la estructura del Parlamento con las reglas del reconocimiento, como dice Hart “...el problema del reconocimiento trata fundamentalmente de una cuestión de indeterminación en las formulaciones: en una sociedad sin reglas secundarias, “si surgen dudas sobre cuáles son las reglas, o sobre el alcance preciso de una regla determinada, no habrá procedimiento alguno para solucionar esas dudas”...”⁴⁶. Entonces la regla de reconocimiento desempeña importantes funciones en relación con los desacuerdos en la sociedad. En este punto son relevantes dos puntos a resolver; primero, si se presentaran varias propuestas ya sea por un individuo o por un grupo y puesto que es posible el conflicto entre ellas termina por rechazar una, por lo tanto deberíamos encontrar un medio que nos permita diferenciar entre las propuestas de la legislación que tienen éxito y las fallidas⁴⁷. Segundo, además de los desacuerdos de principios están también los desacuerdos de detalle entre los promotores rivales de propuestas más o menos parecidas. Si el derecho promulgado debe resolver al menos algunos conflictos en el nivel de concreción y detalle en el que estos se presentan, la regla de reconocimiento deberá proporcionar un criterio para determinar no solo qué propuesta debe ser aprobada, sino en *cuál de sus versiones*.

De estas tareas, la primera ya fue destacada por Hobbes. Como se decía anteriormente, este es el contexto que hace necesario la legislación y según Hobbes, también es el contexto en el que hace necesario reglas secundarias como la regla de reconocimiento.

⁴⁶ Waldron, Jeremy. Ob. Cit., p. 49 y 50.

⁴⁷ Como señala Raz “...una de las funciones esenciales del reconocimiento jurídico es establecer el punto a partir del cual una opinión de los miembros de la sociedad, o de sectores influyentes o de grupos poderosos de la misma, deja de ser una opinión privada para convertirse en una opinión vinculante para todos los miembros de la sociedad, con independencia de que estén de acuerdo con ella o no...” Waldron, Jeremy. Ob. Cit., p. 50.

Como expresa Hobbes: “...Y tampoco es suficiente que la ley esté escrita y publicada; debe haber también signos manifiestos de que precede de la voluntad del soberano...”⁴⁸.

Solemos imaginar en el retrato de Hobbes una variedad de propuestas legislativas presentadas por diversas personas, siendo adoptadas una de ellas de forma autoritativa por el legislador soberano y luego promulgada con la pátina de derecho válido. Pero como se señaló al inicio, la política legislativa no se desarrolla de esta manera. Los parlamentos contemporáneos no solo responden a los desacuerdos, sino que los internalizan. Pretende los puntos de vista mediante las reglas de representación (tanto de partidos como de intereses y territorios), reglas sobre las comparecencias y audiencias, reglas sobre los debates, reglas sobre las enmiendas y, sobre todo, reglas de votación.

Al respecto Waldron asume la posición de que solo poseen autoridad legislativa aquellas intervenciones que acaban siendo reflejadas en el texto por el que se ha votado. Por tanto, la validez jurídica remite al hecho y al momento de la aprobación más que al proceso parlamentario en su conjunto, precisamente porque muchos de los elementos que forman parte de la deliberación no pueden ser considerados como parte integrante de una ley aprobada.

Finalmente, respecto a este punto el autor lo que pretendió mostrar es que el Parlamento es un lugar donde se dicen muchas cosas pero solo algunas de ellas son finalmente aprobadas, y enfatiza que una de las funciones de la regla de reconocimiento es precisamente decirnos cuáles son. Pero lo curioso de todo es que a Hart no tiene interés en el papel del Parlamento moderno. No muestra interés por sus rasgos estructurales y las cuestiones

⁴⁸ Hobbes (1695). *El leviatán*. Traducción castellana de Escohotado, Losada, Buenos Aires, 2003, cap. XXVI, 239-240. Citado por Waldron, Jeremy. Ob. cit., p. 51.

sustantivas del reconocimiento y de la interpretación, que podrían aflorar cuando los jueces o ciudadanos se enfrentan a una ley. Pues como menciona Waldron “...la segunda mitad de *El concepto de Derecho* puede fácilmente aplicarse, y de hecho en buena medida se *aplican*, a la actividad de un legislador unitario llamado “Rex”...”

Ciertamente los filósofos contemporáneos, especialmente los positivistas jurídicos, se sienten cómodos en ver al Parlamento como unívoco, o como la voz de un solo individuo. Lo que les interesa es que el producto de la ley tenga un origen institucional como fundamento de la autoridad del derecho, en lugar de ser los criterios sustantivos de moralidad o justicia del Iusnaturalismo lo que pretenda esa autoridad⁴⁹. En relación a esto último, al ver que las principales observaciones iusnaturalistas no apuntan a defender la proposición *lex iniusta non est lex* sino a la tesis de las fuentes sociales y a argumentar que la tesis de la fuentes sociales no pueden dar cuenta correctamente de lo que sucede en la sala de un tribunal es que el interés se volvió direccionalmente hacia el tribunal, en perjuicio de un análisis de la estructura del Parlamento que brinde aportes sobre la naturaleza del derecho⁵⁰. Esto no escapa a la atención de la teoría del derecho, esto es la teoría que se ocupa de las nociones mismas del derecho y el sistema jurídico, para el cual la posibilidad de que un Parlamento pueda estar compuesto de una sola o de muchas personas simplemente

⁴⁹ Waldron, Jeremy. Ob. cit., p. 49 “...lo que importa en este debate es la posibilidad de que una comunidad pueda conferir el estatus y la autoridad de derecho a ciertas normas en virtud de su origen institucional...”

⁵⁰ Como afirma Waldron, Jeremy. Ob. cit., p. 56 y 57. “...su persistencia en la imagen de la legislación como análoga al acto de voluntad de un solo hombre proviene de una creencia implícita de que la estructura y el perfil de un Parlamento no tiene ningún interés genuino desde el punto de vista de la filosofía del derecho. Se les considera cuestiones pre-jurídicas, y ciertamente no cuestiones que deban tener interés para la teoría del derecho...”

no es digna de atención. Aquellos que apoyan este enfoque quieren centrarse solo en lo que tienen en común las legislaciones aprobadas ya sea por un congreso democrático o por una monarquía absolutista.

Para Waldron este intento de neutralidad, respecto de las instituciones por parte de la filosofía del derecho es peligroso, pues el ver a la ley como resultado de una única voluntad lleva a abstracciones y evita diferenciar el hecho de que una ley sea aprobada en un parlamento, de aquel por ejemplo que se da en un caso difícil⁵¹.

Finalmente Waldron expresa una discrepancia adicional, importante en la teoría del derecho pero representada con el mismo término de legislación, entre el establecimiento de leyes por parte de un legislador ilustrado y la actividad de creación legislativa de una asamblea representativa a gran escala.

3. LA LEGISLACIÓN DE LA ASAMBLEA

La aprobación de la ley a través de discusión y aprobación por una Asamblea amplia de representantes, llegaría a ser en alguna parte de nuestra tácita teoría de la autoridad, un hecho indispensable para que se reconozca como derecho una medida general, se establezca principios o políticas públicas que han sido propuestas previamente.

Aun cuando exista un gran consenso entre los teóricos políticos modernos acerca de que el órgano legislativo es un obstáculo, se

⁵¹ Al respecto precisa Waldron con diferencia a la costumbre. "... todos conocemos el intento que se ha hecho en nombre del modelo legislador para subsumir también a la costumbre...Y creemos saber cómo resistirnos. No nos dejamos engatusar ahora por la supuesta neutralidad de modelo del legislador para inferir del hecho de que tanto la costumbre como la legislación cuentan como derecho positivo el que ambos deban ser el resultado de la voluntad de alguien..." Waldron, Jeremy. Ob. cit., p. 60.

mantiene esta institución. Quizá sea John Locke la excepción, menciona este autor que las personas “...nunca estarían a salvo ni tranquilos, y que tampoco podrían considerarse como miembros de una sociedad civil, hasta que el poder legislativo recayera sobre un cuerpo colectivo formado por hombres, a los que se llamará senadores, parlamentarios, o lo que sea...”⁵².

Son muchos los autores con una voz discordante respecto a esta práctica de Asamblea multitudinaria. Ya Jean-Jacques Rousseau se preguntaba en el contrato social “... ¿Cómo una voluntad ciega, que con frecuencia no sabe lo que quiere [...] acometería por sí misma una empresa tan grande, tan difícil, como un sistema de la legislación?...”⁵³. Incluso John Stuart MILL se preocupaba por esta posibilidad de que las leyes fueran aprobadas cláusula por cláusula en una asamblea compuesta por diversos elementos, él sostenía que “...ninguna colectividad, a menos que posea una organización y una jerarquía, es propia para la acción...”⁵⁴. Frente a este rechazo Waldron se pregunta ¿Cómo es que algo que pareciera mala idea, se haya atrincherado tanto como un principio de diseño constitucional?

El valor que se asocia a este Parlamento moderno y a la autoridad de su producto es la *Legitimidad Democrática*. Si bien ello no es un consenso y la democracia podría ser reducida a un simple valor instrumental, el autor insiste en que la legitimidad democrática, siempre que podamos justificarla, es el mejor argumento que se puede dar en favor de la autoridad de una ley⁵⁵.

⁵² Waldron, Jeremy. Ob. cit., p. 64.

⁵³ Waldron, Jeremy. Ob. cit., p. 66.

⁵⁴ Mill, John Stuart. *Del Gobierno Representativo*. Traducción castellana de Iturbe, M. C. C. De, Madrid: Tecnos. (1860), 1985, cap. V, 57. Citado por Waldron, Jeremy. Ob. cit., p. 66.

⁵⁵ Se puede inferir, que lo que pretende decirse es “.... Podría decirse que al insistir en la conveniencia de contar con Parlamentos grandes lo

En la misma línea nos dice Waldron que las preferencias por las grandes asambleas legislativas es mucho más antigua que la propia democracia, por lo menos de la formas de democracia que conocemos. Y aunque el carácter de Asamblea del parlamento lo asociamos a la idea de representación democrática, en una concepción más antigua, que podría dar luces a la teoría democrática del derecho y no ser simplemente producto de ella, se asociaba la creación legislativa a un proceso que ponía en relación una propuesta legislativa con la complejidad y la multiplicidad de personas, regiones, relaciones y circunstancias a las que la ley propuesta debía ser aplicada.

Esta idea antigua es la reflejada en la sociedad feudal conocida como la “*Communitas Regni*” que encarnaba su autoridad en la idea de que los únicos que podían determinar qué es lo que estaba en interés del reino eran los que resultaban sustancialmente afectados, y lo hacían únicamente mediante su propio discernimiento de sus propias necesidades y deseos. Bajo esta concepción feudal, se pensaba que en el proceso legislativo todos los sujetos principales del reino, y eran muchos, tenían derecho a defender sus propias opiniones. Pero, ¿Qué era esta *Communitas Regni*?, pues era todos los que componían la dinámica de participación y determinación de la legislación. Un concepto clave para ello era la *lex terrae*, la ley de territorio⁵⁶. La ley que constituía el estado feudal. Esto significaba la ley del territorio, y el conjunto de derechos de posesión y arreglos contractuales que vinculaban a señor y vasallo, desde las relaciones entre el rey y sus barones

que intentamos es maximizar el número de ciudadanos directamente involucrados en el proceso legislativo...” Waldron, Jeremy. Ob. cit., p. 67.

⁵⁶ Recogido de la Carta Magna, artículo 39: “...ningún hombre libre puede ser capturado y encarcelado, o desposeído, o proscrito, o exiliado, o embargado por cualquier medio, ni tampoco procederá en su contra [...] excepto tras un juicio ante un tribunal formado por sus iguales de acuerdo a la ley del territorio...”. En: Waldron, Jeremy. Ob. cit., p. 71.

hasta las del más modesto siervo de la gleba y su feudo. Y como afirma literalmente Waldron "...esta *lex terrae* solo podía modificarse en y por la *communitas regni*, la comunidad política del reino, un órgano esencialmente plural que estaba inicialmente compuesto por el rey y aquellos cuyas relaciones feudales con él constituían el entramado del reino... no es que el pueblo se hubiera apropiado de la autoridad legislativa soberana que ese momento detentaba el monarca, sino que sus representantes electos comenzaron a ser tenidos como miembros indispensables de la *communitas regni* plural a la que siempre se le había atribuido ese poder..."⁵⁷.

Frente a ello, son precisas las palabras de Waldron "...debemos entender que el derecho no ha sido concebido siempre bajo los términos del paradigma de la soberanía, la voluntad y el poder. Bajo un concepción más antigua y quizá más importante históricamente se lo concebía como la ley de un pueblo (*law of a people*) o la ley de territorio (*law of the land*) y no como la ley de un rey o la voluntad de un príncipe..."⁵⁸.

Entonces, aunque la reuniones multitudinarias sean el último recurso para legislar según los teóricos políticos contemporáneos, con este esquema descrito por el autor de la actividad legislativa en Inglaterra medieval nos podemos hacer la idea de por qué la noción teóricamente prolija de proyectar la determinación del derecho hacia la univocidad de un legislador único realmente nunca tuvo asidero en la realidad política o constitucional.

Uno de los autores de la Edad Media que remarca esta importancia de que sea posible la legislación con mayor razón

⁵⁷ Waldron, Jeremy. Ob. cit., p. 72. Al respecto el autor recuerda la influencia de la máxima "*quod omnes tangit ab ómnibus decidentur*", "lo que afecta a todos debería ser decidido por todos", en el derecho y la política.

⁵⁸ Waldron, Jeremy. Ob. cit., p. 70.

atendiendo a que era posible incluso crear leyes no inscritas era Bartolo de Sassoferrato⁵⁹. Aquel hizo un silogismo para justificar su conclusión. Primero, preciso que la fuerza vinculante de la costumbre en tanto que derecho se basaba en el consentimiento tácito de aquellos cuyas vidas estructuraba y sin cuya aquiescencia nunca podría haber sido establecido. Entonces dijo “...el uso es *causa remota* y el consentimiento tácito de la gente es *causa próxima* del derecho consuetudinario [...] la fuerza vinculante de la costumbre se adscribía, por lo tanto, al consentimiento tácito, que puede ser considerado como la voluntad del pueblo para imponer obligaciones y conferir derechos. Ciertos modos de conducta por si no generan derecho...”⁶⁰. Pero si bien es cierto que es difícil determinar el consentimiento a partir de un patrón de conducta determinado, el problema fue solucionado por Bartolo poniendo énfasis en la frecuencia de los actos y transacciones en cuestión durante un largo periodo de tiempo⁶¹. Una vez aceptado toda esta perspectiva consensualista del derecho consuetudinario, el próximo paso es bastante obvio “... si los ciudadanos [...] pueden crear leyes no escritas mediante el consenso tácito, ¿Qué [razón] existe para no adscribirles la misma capacidad para crear leyes en forma de derecho escrito?...”⁶² La única diferencia entre estas dos categorías era simplemente la forma de expresión de la voluntad popular: el consentimiento tácito creaba el derecho consuetudinario mientras que el derecho escrito se

⁵⁹ Propuesta expuesta, según Waldron, en el año 1350.

⁶⁰ Waldron, Jeremy. Ob. cit., p. 77.

⁶¹ A ello se refiere Waldron, Jeremy. Ibíd. “...cuando un pueblo orienta regularmente sus actividades de acuerdo con una norma que nadie le ha impuesto, durante un periodo de (supongamos) diez años, podemos afirmar con seguridad que se muestra de acuerdo a estar vinculado por dicha norma...”

⁶² Waldron, Jeremy. Ob. cit., p. 78. Aquí el autor hace una modificación reemplazando la palabra *obstáculo* por *razón*.

creaba mediante el consentimiento expresado explícitamente⁶³. Pero llega la pregunta, ¿Por qué era tan importante un consentimiento de este tipo para Bartolo?, según Waldron hubiera sido de que el derecho requiere de autorización desde arriba solo en su aspecto coercitivo o imperativo, de acuerdo con la doctrina tradicional del derecho romano. Podemos hacer lo que nos plazca de manera consensuada (como dos personas pueden vincularse entre sí mediante un contrato sin autorización de un tercero) o podemos hacerlo de manera colegiada (igual que los que crean algún vínculo mutuo en una corporación de algún tipo), pero impartir ordenes que vinculen a los demás sin su consentimiento es una prerrogativa exclusiva del emperador. Por lo tanto, si el consentimiento tácito significa que las costumbres no requieren la autorización de un superior, entonces, por el mismo razonamiento, el consentimiento expreso significa que la aprobación de las leyes no requiere la aprobación de un superior.

El resultado fue que aquellos en los que Bartolo había influido estaban en condiciones de ver su camino despejado hacia una respetable interpretación jurídica de la legislación cívica. Afirma Waldron "...Las ciudades podían legislar con la misma autoridad con la que desarrollaban y adaptaban sus costumbres. Dado que de este modo podían gobernar sus asuntos con el imprimátur propio de un superior, se transformaban en efecto en entidades soberanas o autogobernadas..."⁶⁴. Finalmente, en este aspecto, Waldron termina haciendo la analogía, de la costumbre con la legislación, que se desprendía de todo lo anterior. En la legislación, la deliberación es el equivalente de la experiencia, y el voto

⁶³ Como señala Bartolo "...*tacitus et expressus consensus aequiparantur et sunt parís potentiae*": el consentimiento tácito y expreso son equivalentes y de igual fuerza, al menos por lo que respecta a la generación del derecho..." Waldron, Jeremy. *Ibíd.*

⁶⁴ Waldron, Jeremy. *Ob. cit.*, p. 79.

es el equivalente de la manifestación del consentimiento sobre la viabilidad de la práctica.

Entonces, como expresa Ullmann: "...ya no se trataba de un superior discernimiento del legislador... sino que el pueblo mismo se reconocía perfectamente capaz de formarse su propios juicio sobre lo que estaba en su interés, puesto que en todo momento el pueblo retuvo el control sobre el consejo..."⁶⁵.

Con ello, es preciso que "... si el pueblo creía que alguna experiencia significativa o alguna opinión importante estaba siendo descuidada o pasada por alto en el proceso de legislación, entonces lo correcto era hacer algo al respecto para garantizar que las leyes que se elaboraran en este asamblea eran *sus* leyes y para que el fundamento de la legitimidad de dichas leyes representen supuestamente *su* opinión y *su* aceptación del lugar que las leyes debían ocupar en *su* forma de vida..."⁶⁶.

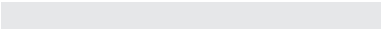
Con este recuento histórico, Waldron pone de relieve la antigüedad, el carácter imprescindible de los modelos de legislación con los que estamos familiarizados, pues en ocasiones un recuento de este tipo puede ayudarnos a ver cuán poco útiles son nuestros modelos actuales, y quizás darnos luz de posibles alternativas además de abrir nuevos espacios en la filosofía del derecho para nuevas formas de reflexión sobre los Parlamentos y la legislación, y no dejar que sus elementos centrales, "como la pluralidad, el procedimiento, la estructura y los desacuerdos", sean marginados o que incluso sean eliminadas con el fin de encajar en una filosofía anacrónica, que esta tanto política como teóricamente obsoleta.

⁶⁵ Waldron, Jeremy. Ob. Cit., p. 81.

⁶⁶ Waldron, Jeremy. Ibíd.

Este libro se terminó de imprimir en los talleres de
Panamericana Formas e Impresos S.A. Bogotá, Colombia.
En el mes de septiembre de 2017

Para su elaboración se utilizó en páginas interiores papel bond
de 70 grs y la carátula y contracarátula en pasta dura.
Las fuentes tipográficas empleadas son Warnock pro en 11 puntos
en texto corrido y 13 puntos en títulos.



La relación entre la democracia y el pueblo ha sido históricamente comprendida como un problema para las comunidades políticas. No cabe duda de que la democracia ha sido un régimen político históricamente condenado, marginalizado y criticado desde la Antigüedad, pero rehabilitado y replanteado en Occidente desde hace un par de siglos. En tal sentido, la democracia ha tenido un proceso histórico de aceptación paulatina de sus reglas y contenidos (si es que los tiene), hasta constituirse en el sistema político predominante de Occidente y de varias regiones del mundo. La historia del populismo es distinta. El populismo como forma de acción política es una práctica denostada, criticada y rechazada (especialmente por los académicos). Por ello, al estar frente a dos experiencias políticas, al parecer, incompatibles, debemos preguntarnos: ¿es posible reconstruir una relación teórico-práctica valorativamente positiva entre democracia, populismo y ley?

ISBN 978-958-8981-74-1



9 789588 981741